

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO

Mileine Luiza Denk

**A Prescrição Jurídica e a Necessidade do Esquecimento:**

A Lógica da Prescrição a partir de François Ost E Jacques Derrida

Florianópolis - SC

2009

Mileine Luiza Denk

## **A Prescrição Jurídica e a Necessidade do Esquecimento:**

A Lógica da Prescrição a partir de François Ost E Jacques Derrida

Monografia submetida à Universidade Federal  
de Santa Catarina para obtenção do título de  
Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Msc. Leilane Mendonça  
Zavarizi da Rosa

Florianópolis - SC

2009



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

### **TERMO DE APROVAÇÃO**

A presente monografia, intitulada “A Prescrição Jurídica e a Necessidade do Esquecimento: A lógica da prescrição a partir de François Ost e Jacques Derrida”, elaborada pela acadêmica Mileine Luiza Denk e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, por meio da Resolução n.º 003/95/CEPE.

Florianópolis, 10/02/2009.

---

Profª. Msc. Leilane M. Zavarini da Rosa - UFSC

---

Prof. Dr. Luis Carlos Cancellier de Olivo - UFSC

---

Prof. Dr. João dos Passos Martins Neto - UFSC

*A minha grande amiga Fernanda,  
uma pessoa ímpar e radiante, cujo constante  
apoio faz da minha vida muito mais feliz*

## **AGRADECIMENTOS**

A meus pais Zenildo e Maria, pelo imenso amor e carinho que me presenteiam todos os dias.

As minhas queridas irmãs Estela e Isabele, pelo companheirismo de sempre.

A minha amiga Fernanda Roberta Cavalcanti de Vasconcelos, pelo grande apoio e pelas oportunas e valiosas observações que me ajudam muito para a construção desta pesquisa.

A Marcel Soares de Souza, pelas válidas sugestões, mas também pelo implacável senso de humor que fez com que este momento tenso da preparação da monografia fosse muito mais leve e tranquilo.

Aos meus amigos Débora Goulart, Douglas Martins, Douglas Salém, Michelly Nascimento Silva e Rafaela Wildner Medeiros, pela parceria dos últimos anos que passamos juntos.

A todos os amigos do PET-Direito, pelas pertinentes discussões que fizeram da minha trajetória pela graduação muito mais prazerosa.

A minha competente orientadora Leilane Mendonça Zavarini da Rosa, por toda dedicação e empenho para a realização deste trabalho.

A todos os amigos que contribuíram para a construção desta monografia, dando opiniões, revisando o texto, sugerindo livros, etc.

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade Federal de Santa Catarina, a coordenação do Curso de Graduação em Direito e os Orientadores de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

**Florianópolis, 10 de fevereiro de 2009**

**Mileine Luiza Denk**

Graduanda

DENK, Mileine Luiza. *A prescrição jurídica e a necessidade do esquecimento: a lógica da prescrição a partir da François Ost e Jacques Derrida*. 2009. 88f. Monografia (Graduação em Direito) – Curso de Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina.

## RESUMO

Trata-se de monografia submetida à Universidade Federal de Santa Catarina pra obtenção do título de Bacharel em Direito. O trabalho realiza uma abordagem conceitual e crítica acerca da prescrição, buscando perquirir qual seu verdadeiro papel e serventia para a esfera jurídica e, para tanto, se utilizará dos trabalhos dos filósofos do direito François Ost e Jacques Derrida. A pesquisa perpassa a discussão acerca do objeto do instituto, o qual tem sido alvo de pertinentes discussões nos últimos tempos, como também de que modo a legislação e a doutrina brasileira tem acolhido o novo entendimento da doutrina alemã. Faz-se também uma análise dos fundamentos teóricos que ao longo da história os juristas apontaram para legitimar a prescrição, assim como um estudo da fixação dos prazos prescricionais. Por fim, a par das conclusões dessas questões e por meio de um diálogo crítico entre as obras de Ost e Derrida, tenta-se responder a lógica de funcionamento do instituto jurídico.

**Palavras-chave:** Prescrição, Pretensão, Ação, Tempo, Esquecimento.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1 PRESCRIÇÃO: A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO FIM .....</b>	<b>12</b>
1.1 O “novo” objeto da Prescrição: a Pretensão.....	12
1.2 A autonomia da “ação” processual .....	16
1.2.1 A polêmica Windscheid x Muther.....	16
1.2.2 Teoria do direito concreto de ação .....	22
1.2.3 Teoria do direito abstrato de ação.....	24
1.2.4 Teoria eclética da ação .....	24
1.3 As “posições subjetivas” e a prescrição .....	26
1.3.1 Direito subjetivo .....	28
1.3.2 Pretensão.....	30
1.3.3 Ação de direito material .....	32
1.4 A prescrição e a “resolução” do mérito: a temporalização do conflito .....	33
1.5 A naturalis obligatio .....	37
<b>2 O FUNDAMENTO DA PRESCRIÇÃO.....</b>	<b>39</b>
2.1 Os fundamentos da prescrição .....	41
2.1.1 Razões dos civilistas.....	41
2.1.2 Razões dos penalistas .....	45
2.2 A diminuição dos prazos no âmbito civil.....	48
2.3 A oscilação dos prazos no âmbito penal .....	52
2.4 O fundamento místico de autoridade .....	57
<b>3 A LÓGICA DA PRESCRIÇÃO E A NECESSIDADE DO ESQUECIMENTO.....</b>	<b>60</b>
3.1 A anomia, o direito e a prescrição.....	60
3.2 A “temporalização” do direito: a prescrição como meio ficcional para construção do tempo jurídico social .....	64
3.3 A prescrição, o esquecimento e o perdão.....	68
3.4 Entre a “generosa ilegalidade” do perdão e a necessária secularização da prescrição .....	69
3.5 A juridicidade da Prescrição e a sacralidade do Imprescritível .....	73
3.6 A lógica da prescrição e a necessidade do esquecimento .....	75
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>81</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>85</b>



## INTRODUÇÃO

No livro *As intermitências da morte*, José Saramago (2005) conta o drama de um país que viveu meses com a ausência da morte. Na virada do ano, como se houvesse a realização de um grandioso milagre, ninguém morreu. Mesmo as pessoas muito enfermas, ou que sofreram desditosos e graves acidentes, e que, conforme conhecimento da medicina, seria impossível a sobrevivência, continuavam vivendo, pelo menos sobrevivendo como moribundos, nem lá nem cá. A princípio essa manifestação do impossível foi acolhida com grande felicidade, ao ponto do primeiro-ministro daquele país declarar que o povo teria sido escolhido por Deus. A euforia foi geral, a imprensa divulgava com entusiasmo a ausência de mortes, todos, movidos por um espírito patriótico, atearam bandeiras em toda parte.

Porém, logo os problemas não tardaram aparecer, a ponto do fenômeno apocalíptico se tornar um verdadeiro cataclismo. As funerárias passaram a realizar enterros de animais, conforme determinação do governo; se fixou uma “presunção da morte” para 80 anos, para que o sistema de seguro de vidas continuasse a funcionar, nos hospitais e casas de idosos somente poderiam permanecer aqueles que, em condições de normalidade, poderiam sobreviver, ou seja, todos os que ainda sobreviviam tão somente em decorrência do fenômeno que pairava o país, foram mandados para a casa.

Ante o estado de caos, uma família, num ato de coragem e egoísmo, levou seus parentes enfermos para além da fronteira. O ato, a princípio repudiado, foi seguido por muitos que não agüentavam mais cuidar dos familiares moribundos. Não demorou para a máfia (ou melhor, máphia como eles se denominavam) monopolizar este serviço. Por fim, o governo resolveu legalizar a travessia da fronteira, e as certidões de óbito eram emitidas com a causa “suicídio”, para que não ficasse registrado na história o gesto das famílias que mandaram o parente para morrer. Destarte, a morte sempre amaldiçoada, já não era mais vista com desprezo e os cidadãos daquele país começaram a ter nostalgia dos tempos da mortalidade.

Após meses, a morte resolveu voltar. Mandou uma carta para o diretor-chefe da rede de televisão informando que a meia-noite daquele dia todas as pessoas que estavam no corredor da morte iriam, finalmente, falecer. O recado foi transmitido nas redes televisivas às 21h, e, ao mesmo tempo, foi motivo de choros e sorrisos.

Essa primeira parte da obra de Saramago traduz um pouco a necessidade do

fim para o homem. A imortalidade sempre almejada carrega junto o peso da eternidade, que não é fácil de suportar. Ou seja, se por um lado a imortalidade é um acalanto, um alento, ao passo que é uma vitória sobre a sempre temida morte, por outro, traz consigo o fantasma do passado, que nunca termina, impondo um obstáculo para a construção do novo, de um futuro diferente.

Há, portanto, uma necessidade humana de fixar um ponto final, para poder se desvencilhar do tempo pretérito. E, sendo o Direito, uma construção do homem para controle e imposição de condutas na vida social segue, de certa maneira, a mesma lógica. A existência do direito necessita de um fim, pois, caso contrário, pode gerar o caos. Como leciona Tércio Sampaio Júnior (2001), as decisões jurídicas têm sua singularidade pela característica de impor um término na discussão, independente se a decisão foi justa ou não. O instituto da prescrição, nessa conjuntura, é um mecanismo que visa “temporalizar” uma pretensão jurídica, fazendo, de um modo singular, que a controvérsia termine.

A pretensão, sendo uma potência que pode a qualquer momento se realizar por meio de uma ação, necessita de um ponto final, pois o poder de *exigência* na qual se encontra o titular do direito subjetivo material não pode ser eterno. Não se deve olvidar que se está em uma esfera jurídica, que é humana; assim, a possibilidade de julgamento é sempre temporária, e nunca terá força para se prolongar para um além-do-tempo, como o julgamento divino. Destarte, é sob essa lógica que se acredita estar inserida a inscrição da prescrição no mundo jurídico, como forma de estabelecer um ínterim para a sobrevida dos efeitos de fato jurídico, garantindo a efetividade do direito. Nessa perspectiva, a descoberta do verdadeiro sentido da prescrição para o universo jurídico e sua lógica de funcionamento é, pois, o principal objetivo desse trabalho.

No primeiro capítulo abordar-se-á o objeto da prescrição, ou melhor, o que ela atinge. Este estudo se fez necessário frente aos últimos estudos sobre a teoria da ação, principalmente a polêmica entre Windscheid *versus* Muther, que tiveram não só repercussão no direito processual, mas também se refletiu no direito material, e o instituto que sofreu significativa transformação conceitual frente a nova teoria foi a prescrição.

No segundo capítulo, por sua vez, estudar-se-á todos os fundamentos a que se criou para o instituto, tanto para a prescrição civil, como para a penal. Com efeito, em que pese trata-se do mesmo instituto, diversas foram as razões imputadas a prescrição de acordo

com o campo do direito. Como também se examinará o ato de determinação dos prazos, com especial ênfase no fenômeno de diminuição dos prazos da esfera cível e a oscilação dos prazos no âmbito penal, buscando, assim, descobrir o verdadeiro motivo do instituto, como também a razão dos prazos prescricionais.

Por fim, na última parte do trabalho, a partir das conclusões dos capítulos anteriores, buscar-se-á demonstrar o real fundamento do instituto: que é a *necessidade do esquecimento*. E será como base no diálogo entre as obras de Jacques Derrida e François Ost, em cujos trabalhos abordam o instituto de forma indireta ou explícita, é que se poderá esclarecer a proposta dessa pesquisa. Para isso, analisar-se-á o conceito do tempo para Ost, que é, para o filósofo, uma instituição social, bem como o instituto da prescrição como forma de construção do tempo e instituição do direito; por outro lado, abordar-se-á a diferença que Derrida faz entre direito e justiça, entre perdão e prescrição, entre julgamento jurídico e esfera divina. E, por fim, tentar-se-á responder qual é a lógica da prescrição.

Contudo, insta reconhecer que ao término do trabalho, a sensação é a mesma descrita por Ost na introdução do seu livro, quando diz que “*temos perfeita consciência de ter atingido apenas muito parcialmente o objetivo entrevisto*” (2005, p. 20). Seja por falta de tempo ou por impossibilidade de acesso a obras pertinentes ao tema, há aqui o reconhecimento de que se trata de um trabalho imperfeito. Porém, em que pese às falhas, acredita-se que foi possível realizar alguns apontamentos acerca da prescrição, que por muitos é visto como um instituto inocente; todavia, de ingênuo não tem nada.

Merece nota que o presente trabalho se baseia exclusivamente na pesquisa bibliográfica, ao passo que se procurou realizar uma abordagem interdisciplinar, buscando tanto em obras jurídicas quanto no entendimento de filósofos no direito e em obras literárias a base para demonstrar o entendimento aqui proposto. Utilizou-se o método indutivo, eis que a autora pretendeu, através de percepções particulares e detalhes, chegar a uma proposta geral acerca do conceito e fundamento do seu objeto: a prescrição.

# 1 PRESCRIÇÃO: A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO FIM

François Ost fala em representações de um *tempo público*, que, segundo ele, “é para o tempo o que o ‘espaço público’ é para o espaço: um meio ao mesmo tempo concreto e abstrato de participação e de integração cidadãos” (2005, p. 21). A prescrição<sup>1</sup> simboliza uma condição dessa *temporalização* de um *tempo social/jurídico*. Ela consiste na perda da faculdade da pretensão mediante dois pressupostos essenciais: a inércia do titular do direito e o transcurso do lapso temporal determinado na norma. A partir dessa demarcação temporal para a sobrevivência do direito, ela impõe que o sujeito aja durante esse período ou, então, que seja determinado o esquecimento do fato. O que se pretende abordar nesse primeiro capítulo é como funciona esta institucionalização do *tempo jurídico*, que é, em verdade, uma institucionalização do fim da efetividade de uma pretensão.

## 1.1 O “novo” objeto da Prescrição: a Pretensão

Conforme art. 269, inciso IV, do Código de Processo Civil brasileiro, quando o juiz pronuncia a existência da prescrição considera-se resolvido o *meritum causae* e,

---

<sup>1</sup> Importante destacar que se tratará neste trabalho somente do instituto que, em outros tempos, era denominado prescrição extintiva. Antigamente, a prescrição se dividia em prescrição aquisitiva (*Ersitzung*) e a prescrição extintiva (*Verjaehrung*). Conforme lição de Câmara Leal (1982) muitos doutrinadores, entre eles, Fadda & Bensa, Roberto de Ruggiero, Coelho Rodrigues, Carvalho de Mendonça, Coelho da Rocha, Lafaiete Rodrigues Pereira, Torres Neto asseveravam pela unicidade conceitual entre os dois institutos. Explica Leal (1982) que a confusão entre elas: a prescrição aquisitiva (que hoje denominamos usucapião) e a prescrição extintiva (a que chamamos de prescrição) ocorreu em decorrência da origem de ambos os institutos, pois, no período formulário do direito romano, ambos representavam causas extintivas de ação. Esclarece que o termo *praescriptio*, que era usado para significar a parte preliminar da fórmula, no período formulário do direito romano, também foi aplicado como acepção da extinção da ação reivindicatória pela longa duração da posse. Informa que: “Foi o pretor quem introduziu a prescrição *longi temporis*, concedendo ao possuidor, com justo título e boa-fé, exceção obstativa da reivindicação do proprietário, se sua posse datava de dez anos, entre presentes, ou de vinte, entre ausentes. E, como essa exceção era estatuída pelo pretor na parte introdutória da fórmula, recebeu a genérica denominação de *praescriptio*, semelhante ao que sucedera com a prescrição extintiva da ação temporária pelo decurso do prazo de sua duração” (LEAL 1982, p. 5). Ou seja, nascia para o cidadão romano, após longo período da posse de um imóvel, uma exceção obstativa do direito de reivindicação da propriedade, e a referida exceção era inscrita na parte preliminar da fórmula, na *praescriptio*. Da mesma forma, o tempo de duração da ação temporária era inscrita na parte preliminar. Contudo, posteriormente percebeu que se tratava de institutos distintos. Importante marco crítico a este entendimento foi a publicação de *System des Heutigen Römischen Rechts* (1840-1849) de Friedrich Carl von Savigny, que no volume IV tratou do instituto da prescrição. Seguido por outros juristas, formou-se a corrente dualista, que repelia a idéia de unidade do termo prescrição. Clóvis Beviláqua (1929) adotou o entendimento de Savigny, pois concordava na diferença conceitual entre a denominada prescrição aquisitiva (*Ersitzung*) e a prescrição extintiva (*Verjaehrung*). O Código Civil de 2002, por sua vez, manteve a separação e, assim, no direito brasileiro, o termo prescrição somente é utilizado o que outrora se entendia por prescrição extintiva.

conseqüentemente, faz-se coisa julgada da matéria em relação às partes. Isso porque a prescrição, conquanto não atinja o direito subjetivo em si, extingue a pretensão – que é um instituto de direito material; consoante definição do art. 189 do Código Civil Brasileiro de 2002 que assim dispõe: “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição”.

Em comentário à redação do dispositivo do *codex* civilista, aduz o doutrinador Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 682) que:

Para conceituar a prescrição, o Código partiu da idéia de *pretensão*. Foi a dogmática alemã que lhe deu origem. O titular de um direito subjetivo recebe da ordem jurídica o poder de exercê-lo, e normalmente o exerce, sem obstáculo ou oposição de quem quer. Se, entretanto, num dado momento, ocorre a sua *violação* por outrem, nasce para o titular uma *pretensão* exigível judicialmente - *Anspruch*”

Contudo, deve-se destacar que quando Caio Mário, na referida citação, assevera que o direito brasileiro toma como o objeto da prescrição a pretensão (*Anspruch*) ao seguir a doutrina alemã, negligentemente, esquece de mencionar que a teoria tedesca adotada diz respeito a um entendimento doutrinário relativamente recente, que nasceu no final do século XIX e início do século XX, tendo como grande marco a obra *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts* (A *actio* do direito civil romano do ponto de vista do direito atual) do pandectista Windscheid, publicada em 1856, pensamento que se consolidou no § 194 do BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch* - Código Civil alemão). Até meados do século XIX, a doutrina alemã, entendia que o objeto da prescrição era a ação e tomava por ação o conceito de Celso [*nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi*]. Assim, quando os doutrinados atualmente falam, como fez Caio Mário, que o conceito de prescrição tem por base a doutrina alemã deixam de esclarecer, infelizmente, que estão falando de escolas diferentes das citadas por juristas brasileiros de meados do século XX.

Na célebre obra de Câmara Leal (1982) “*Da prescrição e da Decadência*”, o autor expõe que existem duas doutrinas acerca do objeto da prescrição. A primeira delas é a ítalo-francesa que considera o objeto da prescrição o direito, e cita que pertencem a esta doutrina, Ruggiero, Coviello, Baudry-Lacantinerie, Colin & Capitant, Carvalho de Mendonça, entre outros. Encontra-se na obra de Roberto de Ruggiero (1999, p. 416) que: “O conceito

romano da prescrição era o de que ela atingia a *actio*, isto é: o meio processual mediante o qual se fazia valer o direito [...].” Porém, mais na frente afirma que:

[...] sustentamos nós que o efeito extintivo se dá sobre o próprio direito: com a ação prescreveu ao mesmo tempo o próprio direito, e isto não porque se confunda direito substancial com ação (conceitos e momentos diversos), mas sim porque, sendo a tutela judiciária um caráter imanente e essencial do direito, perdida a tutela, com ela se perdeu o direito. (RUGGIERO, 1999, p. 417).

Este é o entendimento da doutrina ítalo-francesa, segundo o qual, o objeto da prescrição seria, ao final, o próprio direito e não a ação, visto que a inexistência de tutela jurisdicional acarreta a destruição do direito em si. Influenciado por esta corrente doutrinária, prevê o Código Civil Italiano, em seu art. 2.934, que: “*Ogni diritto si estingue per prescrizione, quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge.*”, em português, “cada direito se extingue por prescrição, quando o titular não o exercita durante o tempo determinado pela lei” - tradução extraída da obra de Ruggiero (1999, p. 412).

Câmara Leal (1982) apresenta, ainda, outra doutrina, seguida pelos civilistas alemães, em especial Savigny, que consideram que o objeto da prescrição seria a ação, tomando por base, diz ele, o direito romano. O próprio Câmara Leal (1982, p. 9) é adepto a essa corrente, como também, Clóvis Beviláqua (1929, p. 370), entre outros civilistas. Porém, imperioso destacar que o conceito de ação adotado por Savigny é o entendimento da chamada teoria civilista da ação. Extrai-se da obra *System des heutigen römischen Rechts* (Sistema de Direito romano atual) de Savigny<sup>2</sup> (p. 10 – tradução livre):

A relação que da violação resulta, quer dizer, o direito conferido à parte lesionada, chama-se *direito de ação ou ação*. A palavra *ação* expressa também o exercício mesmo do direito, em cujo caso, sob a hipótese de um processo escrito, designa o ato escrito pelo qual começa o debate judicial. E este ponto somente é de ocupante da ação; pois o ato pelo qual o direito se exercita, entra por suas condições e suas formas na teoria do procedimento<sup>3</sup>

<sup>2</sup> É preciso esclarecer que somente tivemos acesso a obra de Savigny pertencente ao acervo de obras raras da biblioteca do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a qual não se encontra datada. A pedido da autora deste trabalho, a coleção foi analisada pelos bibliotecários do setor; porém, nem sequer estes profissionais encontram a data da obra. Diante disso, deixar-se-á de mencionar o ano nas referências de Savigny. Acredita-se, contudo, que isso não trará maiores problemas, tendo em vista que no trabalho somente foi utilizada uma obra.

<sup>3</sup> La relación que de la violación resulta, es decir, el derecho conferido á la parte lesionada, se llama *derecho de acción ó acción*. La palabra *acción* expresa también el ejercicio mismo del derecho, en cuyo caso, bajo la hipótesis de un proceso escrito, designa el acto escrito por el cual comienza el debate judicial. En este punto solo he de ocuparme de La acción; pues el acto por el cual el derecho se ejerce, entra por sus condiciones y sus formas en la teoría del procedimiento.

Ou seja, para Savigny, o termo latim *actio* era o direito que nascia ante a violação de um direito, mas também era o direito de agir judicialmente. Assim sendo, o direito de acionar surge da lesão a um direito e significa o direito a tutela jurídica. E, a partir desse conceito, a prescrição, tendo em vista que era a extinção da *actio*, significava a perda do direito de agir em juízo. Para o jurista alemão, grande representante da teoria civilista da ação, o direito de agir judicialmente era apanágio ao direito material.

O Código Civil Brasileiro de 1916, por sua vez, adotou essa doutrina. Segundo definição de Clóvis Beviláqua, legislador do Código, “prescrição é a perda da acção attribuida a um direito, e de sua capacidade defensiva [...]”. (1929, p. 370). Neste mesmo sentido é o entendimento de Câmara Leal: “prescrição é a extinção de uma ação ajuizável, em virtude da inércia de seu titular durante um certo lapso de tempo” (1982, p. 12).

Ocorre que tais doutrinas sobre o objeto da prescrição apresentadas por Câmara Leal, repita-se, são anteriores a toda discussão acerca da teoria da ação, em especial a crítica ao conceito de *actio* realizado por Windscheid e a discussão deste jurista com Müther (a famosa polêmica Windscheid x Müther). Os civilistas do século XIX e início do século XX, baseiam o conceito de ação a partir da definição dada por Celso “*nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur, indicium persequendi*”, ou seja, a ação nada mais é do que o direito de perseguir em juízo o que é devido. A crítica a esta doutrina, que teve início com Windscheid, foi de que o instituto romano *actio* não era uma categoria processual, mas sim substancial. Começava aí toda uma discussão sobre a teoria da ação e que consolidou a autonomia da relação processual do direito material. Porém, o que aqui interessa é que essa discussão colocou em cheque o conceito de vários institutos jurídicos – e, em especial, o conceito e a definição do objeto da prescrição.

Segundo Windscheid (1974), o conceito de *actio* para os romanos é diferente do conceito moderno de ação (*Klagerecht*) e, por outro lado, deve ser traduzido como sinônimo de pretensão (*Anspruch*), que é um instituto de direito material, e não processual. Daí que, ao contrário do entendimento das doutrinas acerca do objeto da prescrição, seja da ítalo-francesa que asseverava que o objeto era o próprio direito, como também a doutrina alemã que entendia que o objeto da prescrição era a ação, nascia outro entendimento de que a prescrição tinha por objeto a pretensão (*Anspruch*). Tal entendimento foi posteriormente acolhido pela doutrina brasileira, como se percebe na lição de Pontes de Miranda (1974, p.

105), que nada mais é que reprodução do pensamento de Windscheid: “a discussão sôbre se a prescrição apaga o direito ou só encobre a eficácia da pretensão assenta em ignorância de história do direito romano, que, ainda nos primórdios, separa direito e *actio*”.

Curioso é que o Código Civil Alemão foi publicado em 1900, e já trazia um novo conceito de prescrição, tendo como objeto do instituto a pretensão (*Anspruch*). O Código Civil Brasileiro revogado, por sua vez, foi publicado em 1916 e, mesmo assim, ainda trazia a doutrina dos antigos juristas alemães, segundo a qual o objeto da prescrição era a ação. O entendimento de Savigny (p. 177), o grande representante desta doutrina, era de que: “Quando perece um direito de ação porque o titular descuida de exercitá-lo em certo prazo, esta extinção do direito se chama prescrição da ação”<sup>4</sup>. No entanto, mais importante do que a simples diferença de nomenclatura do objeto – ação ou pretensão – é o entendimento do que seja o conceito dessas categorias, e os efeitos dessa mudança, porque se acredita que não se trata de uma simples questão de mudança terminológica.

## 1.2 A autonomia da “ação” processual

### 1.2.1 A polêmica Windscheid x Muther

Em 1856, o professor Bernhard Windscheid publicou um trabalho denominado *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts* (A *actio* do direito civil romano do ponto de vista do direito atual). Nesta obra, Windscheid (1974, p. 3 – tradução livre) assegura que “a idéia de que a ação do direito civil romano não é o que hoje em dia se entende por ação ou direito de acionar, ou seja, um meio de tutela do direito lesionado, sendo uma expressão autônoma do direito ou, melhor ainda, da pretensão jurídica”<sup>5</sup>

Segundo o professor alemão, estar-se-ia dando um conceito à *actio* que é estranho ao direito romano. Para ele, o erro dos juristas era introduzir no direito

---

<sup>4</sup> Cuando perece un derecho de acción porque el titular descuida ejércitalo en un cierto plazo, esta extinción del derecho se llama prescripción de la acción.

<sup>5</sup> la idea de que la *actio* del derecho civil romano no es lo que hoy día se entiende por acción o derecho de accionar, o sea un medio de tutela del derecho lesionado, sino una expresión autónoma del derecho o, mejor aún, de la pretensión jurídica.



romano uma concepção do direito moderno, levando a deturpação do conceito de *actio*, pois sua concepção no direito moderno era inteiramente desconhecida dos romanos. Para Windscheid, a partir de sua análise do funcionamento do ordenamento jurídico romano e do ordenamento jurídico atual, que no seu caso era meados do século XX, o instituto *actio* equivaleria nos tempos atuais o que se entende por pretensão (*Anspruch*).

A doutrina de Windscheid (1974) centra-se na idéia de que em Roma prevalecia o direito pretoriano, ou seja, os direitos não estavam pré-estabelecidos, mas era o tribunal que revelava o direito do titular. Já no direito moderno, o direito está predisposto no ordenamento positivo. Assim, para Windscheid, a concepção de *actio* passava ocupar o lugar do direito, haja vista que, para ele, o ordenamento jurídico romano não revelava ao titular se ele tem ou não o direito, mas tão-somente o revela se tem ou não *actio*. A partir desse entendimento, baseado também na lição de Puchta, o jurista chega a conclusão acerca do ordenamento jurídico romano que “o ordenamento jurídico não é o ordenamento dos direitos, mas sim o ordenamento das pretensões juridicamente perseguidas”<sup>6</sup> (WINDSCHEID, 1974, p. 8). O pandectista alemão parte, pois, da concepção que o magistrado romano não estava submetido ao direito, como nos tempos moderno. “Para os romanos, pois” diz Windscheid (1974, p. 9 – tradução livre), “o decisivo não era o que dizia o direito, mas sim o que dizia o tribunal”<sup>7</sup>.

É com base nesta diferença de concepção entre o ordenamento jurídico romano e o ordenamento jurídico moderno, é que Windscheid (1974) chega à conclusão que o conceito de *actio*, para os romanos, não poderia ser aquele assentado no direito atual (no caso, meados do século XIX), ao passo que a lógica de revelação do direito era diversa, isso porque a *actio* não era requerimento à tutela jurisdicional mediante a violação de um direito, pois a lesão não era pressuposto da *actio*, já que era o magistrado que declarava o direito. Nestas palavras: “Assim como a ação não é um direito a tutela de outro direito, nascido de uma lesão deste, tampouco é a faculdade de requerer tutela para o direito em caso de lesão. A *actio* é a faculdade de impor a própria vontade mediante persecução judicial”<sup>8</sup> (WINDSCHEID, 1974, p. 7 – tradução livre)

---

<sup>6</sup> el ordenamiento jurídico no es lo ordenamiento de los derechos, sino el ordenamiento de las pretensiones judicialmente perseguibles.

<sup>7</sup> Para los romanos pues lo decisivo no era lo que decía el derecho, sino lo que decía el tribunal.

<sup>8</sup> Así como la *actio* no es el derecho a la tutela de otro derecho, nascido de la lesión de éste, tampoco es la facultad de requerir tutela para el derecho en caso de lesión. La *actio* es la facultad de imponer la propia voluntad mediante persecución judicial.

Porém, para este trabalho, mais importante do que entender como Windscheid chega à conclusão que o conceito de *actio* romana é diferente do conceito de ação do direito moderno, é compreender o que ele entende por pretensão (*Anspruch*), bem como sua relação com o direito (subjetivo), já que aquele instituto é considerado hoje o objeto da prescrição.

Para o autor, a *actio* não necessitava como pressuposto a violação de um direito. “A ação” segundo ele, “não é algo derivado, mas sim algo originário e autônomo”<sup>9</sup> (WINDSCHEID, 1974, p. 8). Em outras palavras, Windscheid (1974) negava a relação de dependência entre a lesão ao direito e a *actio*, admitindo, desta forma, a possibilidade de existência da *actio* quando inexistente o direito. Em sua obra, assevera que “[...] autores modernos estão distinguindo entre direito de acionar eventual e direito de acionar realmente nascido. *Actio*, já dito, não somente este último, mas também o primeiro”<sup>10</sup> (WINDSCHEID, 1974, p. 7 – tradução livre). Ou seja, para Windscheid (1974), a pretensão era algo autônomo e independente ao direito. Todavia, apesar de alegar pela independência da pretensão em relação ao direito, diz que a pretensão está no lugar do direito, e leciona, ainda, que a existência da pretensão ordena uma relação obrigacional entre pessoas, por fim, insere a *actio* (pretensão) como categoria do direito material.

No ano seguinte, em 1857, Theodor Muther publica uma obra intitulada “*Zur Lehre von der römischen Actio, dem heutigen Klagrecht, der Litiscontestation der Singular-succeSSION in Obligationen. Eine Kritik des Windscheid’shen Buches ‘Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts’*” (Sobre a doutrina da *actio* romana, do direito de acionar atual, da *Litiscontestatio* e da sucessão singular das obrigações. Uma crítica ao livro de Windscheid: ‘A *actio* do Direito Civil romano do ponto de vista do direito atual’). A obra, como o próprio título já revela, é basicamente uma crítica à nova teoria de Windscheid. Após a crítica, o autor apresenta, o que em suas palavras, é “o verdadeiro significado da ação romana” (1974, p. 236).

A obra de Muther (1974) foi por muitos, e até mesmo pelo próprio Windscheid, considerada desrespeitosa e grosseira. Contudo há que se reconhecer a validade do seu trabalho e corroborar com a idéia de que a teoria de Windscheid é, em vários pontos, confusa e será melhor elucidada na réplica que o autor faz a Muther. Na primeira parte de sua obra, Muther começa dizendo que Windscheid apresenta idéias contraditórias, não podendo se

<sup>9</sup> La *actio* no es algo derivado, sino algo originário e autônomo.

<sup>10</sup> [...] autores modernos hayan distinguindo entre derecho de accionar eventual y derecho de accionar realmente nascido. *Actio*, han dicho, no es solamente esto último, sino también lo primero.

chegar a qualquer conclusão indubitável acerca de seu conceito de *actio*. Segundo Muther, Winscheid ora diz que a *actio* (= pretensão) é independente ao direito, ora está em seu lugar, ora a ele se identifica, alternando expressões e impedindo que o leitor forme um entendimento seguro do que o autor entende por *actio*. Interessante a análise de algumas frases selecionadas por Muther:

- A *actio* é a faculdade de impor a própria vontade mediante persecução judicial (página 3).
- A *actio* não é algo derivado, mas sim algo originário e autônomo (página 50).
- A *actio* não é emanção, mas sim manifestação do direito (página 134).

Após a crítica, Muther (1974), expõe o que é para ele o verdadeiro significado da *actio* romana. Ele encontra no processo formulário<sup>11</sup> a elucidação para o significado do termo. Diz que:

O significado verdadeiro e originário da palavra *agere* é apresentar-se ante o pretor, falar e atuar. [...] *Actio* significa, em consequência, o ato bilateral com que se inicia o processo. [...] Esse procedimento se encerra com a confecção da fórmula ao autor. [...] Temos então que *actio* é também a fórmula da ação. [...] E o acionar do demandante o mais importante era evidentemente o momento da *editio* da ação na que requeria ao pretor a fórmula<sup>12</sup>. (MUTHER, 1974, 236-237 – tradução livre)

Ou seja, para Muther (1974) a *actio* (*agere*) estava relacionada à confecção da fórmula, que era o momento em que as partes se apresentavam ao pretor e começavam atuar. Contudo, explica que o edito da fórmula não era incondicionado e dependia de certos pressupostos. Esclarece que as condições para dar a fórmula seriam: “se tua pretensão está

<sup>11</sup> Na obra de Cretella Júnior (1985) encontra-se uma definição do que seria o processo formulário. Explica o autor que: “Abandonando o antigo sistema das *ações da lei*, excessivamente formalista e quase afastado da intervenção do Estado, vai surgindo, em Roma, um novo modo de dirimir as controvérsias entre particulares, que ganha terreno quando AUGUSTO, pelas leis *Júlias Judiciárias*, proscreve o primitivo ritual. No entanto, ao lado do antigo sistema, em germe, mais de 1 século antes de CRISTO, nos processos privados se empregada o sistema caracterizado pela *fórmula*. A *fórmula* é o escrito, redigido pelo magistrado *in jure*, com a indicação da questão que o juiz deve resolver. Neste período, a *actio* pode ser definida como o *direito de perseguir pela fórmula o que nos é seguido*” (CRETELLA JÚNIOR, 1985, p. 423).

<sup>12</sup> Texto original: El significado verdadero y originario de la palabra *agere* es presentarse ante el pretor, hablar y actuar. [...] *Actio* significa, en consecuencia, el acto bilateral con el que se inicia el proceso. [...] Ese procedimiento se cerraba con el conferimiento de la fórmula al actor. [...] Tenemos entonces que *actio* es también la fórmula de la acción. [...] En el accionar del demandante lo más importante era evidentemente el momento de la *editio* de la acción en la que solicitaba al pretor la fórmula.

apta para a persecução judicial e não parece desde o começo supérfluo nomear um *iudex* e o prover de uma instrução.”<sup>13</sup> (MUTHER, 1974, p. 238). Daí que, antes mesmo da edição da fórmula, o pretor fazia uma análise e verificava se o requerente tinha uma pretensão. Ou seja, somente era concedida a assistência estatal àqueles que tivessem um direito lesado. Diante disso, Muther (1974, p. 241) chega a conclusão que *actio* significava “a pretensão a que confere uma fórmula”<sup>14</sup>.

O autor, por fim, reconhece que essa teoria - de que a *actio* era a pretensão a confecção de uma fórmula - somente tem sentido no período do processo formulário. Mas, acredita que não caducou a idéia de que a lesão de um direito gera outro direito, esse último consistente na tutela jurisdicional do Estado, nessas palavras: “Também em nosso meio, quem tem sido lesionado em seu direito, tem o direito a assistência judicial (direito de acionar), e, igual para os romanos, os pressupostos deste direito é outro direito e a lesão deste último”<sup>15</sup> (MUTHER, 1974, p. 248)

E, quanto à prescrição – o que mais interessa - assevera que esta não é a extinção da pretensão, mas sim das ações, ou então, da extinção da pretensão à assistência estatal por lesão de um direito. Assevera que as pretensões dos direitos reais nunca podem prescrever, como também existem as obrigações naturais, que para ele são pretensões, que igualmente nunca prescrevem.

Em outubro do mesmo ano, Windscheid publica resposta à crítica de Muther, na obra titulada “*Die Actio. Abwehr gegen Dr. Theodor Muther*”. Na réplica, o autor reafirma seu entendimento, e começa ressaltando que, se para o ordenamento jurídico moderno, o direito de acionar origina de uma lesão ao direito (subjeto), a *actio* para os romanos tinha um significado muito diferente. Diz que:

A ação não tem por pressuposto essencial a lesão de um direito, nem tampouco entra em seu conceito que se faz valer com ela um direito. Não serve de respaldo ao direito, mas sim faz suas vezes; não é algo derivado, mas sim algo autônomo; não é emanção, mas sim expressão do direito. Se os romanos dizem que alguém tem uma *actio* ou que lhe compete uma *actio*,

<sup>13</sup> si tu pretensión es apta para la persecución judicial y no parece desde un comienzo superfluo nombrar un iudex y proveerlo de una instrucción

<sup>14</sup> la pretensión a que se confiera uma fórmula.

<sup>15</sup> También en nuestro medio, quien ha sido lesionado en su derecho tiene derecho a la asistencia estatal (derecho de accionar), e, igual que para los romanos, los pressupostos de esse derecho son outro derecho y la lesión de este último.

querem dizer o mesmo que nós quando atribuímos a alguém um direito, uma pretensão jurídica<sup>16</sup>. (WINDSCHEID, 1974, p. 299 - tradução livre)

E reforça o fundamento que tinha exposto em seu trabalho de que a diferença entre a ação moderna (Klage) e a *actio* romana se baseia na diferença substancial entre os dois ordenamentos e a forma de aplicação do direito. Aduz que para o cidadão romano mais importante do que saber se o seu direito estava previsto no *ius civile*, era saber se sua pretensão contava com uma *actio*, chegando à conclusão que o ordenamento romano não era o ordenamento dos direitos, mas sim das pretensões que podem ser perseguidas em juízo. Ressalva que isso não significa que a norma não era fonte do direito romano, ao passo que a lei era verdadeira fonte de direito. Contudo, o magistrado romano não estava preso a ela. Daí que o direito somente se revelava com a decisão do pretor. Completa Windscheid (1974, p. 318):

[...] os romanos falam de *actio* em vez de direito, porque a *actio* é para eles a expressão do direito, o que tem sua razão de ser na autonomia do tribunal. Essa autonomia é algo que nós não conhecemos; para nós, o tribunal não é mais que o servidor do direito. Carece, pois, de sentido que alguém tem uma pretensão juridicamente que se pode perseguir, ou seja uma ação, em vez de dizer que tem um direito. O que os romanos expressam em *actiones*, devemos traduzir em linguagem dos direitos<sup>17</sup>.

Vale destacar que Windscheid (1974) assevera, tanto no seu primeiro trabalho quanto na réplica, que a pretensão jurídica a que ele se refere é sempre uma relação pessoal. Uma *actio* sempre envolve pessoas – é sempre *direccionada a alguém*, e nunca para uma coisa. Partindo dessa idéia, refuta o argumento de Muther (1974) de que a pretensão não poderia ser objeto da prescrição uma vez que a pretensão nunca se extingue. Windscheid (1974) responde que a prescrição é a extinção da pretensão contra aquele que realmente violou o direito. Explica que o direito do proprietário sobre a coisa, por exemplo, é diferente do direito de reparação que nasce em face do esbulhador, e a prescrição da pretensão de indenização não extinguiria a pretensão do direito real sobre a propriedade.

<sup>16</sup> La *actio* no tiene por supuesto esencial la lesión de un derecho, ni tampoco entra en su concepto que se haga valer con ella un derecho. No sirve de respaldo al derecho, sino que hace sus veces; no es algo derivado, sino algo autónomo; no es emanación, sino expresión del derecho. Si los romanos dicen que alguien tiene una *actio* o que le compete una *actio*, quieren decir lo mismo que nosotros cuando atribuimos a alguien un derecho, una pretensión jurídica.

<sup>17</sup> [...] los romanos hablan de *actio* en vez de derecho, porque la *actio* es para ellos la expresión del derecho, lo que tiene su razón de ser en la autonomía del tribunal. Esa autonomía es algo que nosotros no conocemos; para nosotros, el tribunal no es más que el servidor del derecho. Carece pues de sentido que alguien tiene una pretensión judicialmente perseguible, o sea una acción, en vez de decir que tiene un derecho. Lo que los romanos expresan en las *actiones*, debemos traducirlo al lenguaje de los derechos.

### 1.2.2 Teoria do direito concreto de ação

Com polêmica sobre o conceito de *actio* romana entre Windscheid e Muther, que deu início a discussão acerca da ação moderna, foi o princípio do debate em torno da autonomia da ação processual em relação ao direito material. Windscheid teve importância nesse processo ao realizar suas críticas à teoria civilista da ação. Porém, o processualista que sustentou por uma “autonomia” entre a relação processual e o direito material foi Adolf Wach, publicando, em 1885, *Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts* (Manual de Direito Processual Civil Alemão e, em 1888, *Der Feststellungsanspruch* (A pretensão de declaração), obras em que Wach sustenta o que foi denominada de *teoria do direito concreto de ação*.

Os estudos de Wach (1977) foram influenciados com a promulgação, em 1877, da Ordenança Processual Civil alemã (*Zivilprozeßordnung*). Chamou atenção de Wach (1977) o disposto no § 231 do ZPO (*Zivilprozeßordnung* - Ordenança de Processo Civil da Alemanha) que previa a possibilidade de propositura de ação em juízo com a pretensão de que o magistrado declarasse na sentença a inexistência de suposta relação jurídica. Ou seja, a ação processual era proposta com o único fim de declarar que não existia qualquer relação jurídica entre as partes. A partir daí, Wach (1977) concluiu que, se era possível a existência uma relação processual, capaz de produzir uma sentença de mérito para tão somente declarar a inexistência de uma relação obrigacional, era porque a ação processual era independente do direito subjetivo, ou melhor, do direito material. Por fim, conclui que existe um *direito de ação público* (o qual considera ser uma faculdade) que é diferente do direito privado subjetivo.

Todavia, se por um lado Wach (1977) conseguiu enxergar a diferença entre a relação no processo e a relação material, por outro, atribuía o direito à tutela jurídica estatal tão somente ao titular do direito privado subjetivo. Segundo o autor, “uma pretensão de tutela jurídica somente compete a quem tem nessa tutela um interesse real, não imaginário, e que o expõe no processo”<sup>18</sup> (WACH, 1977, p. 45). Ou seja, para ter o direito público de acionar, que para Wach (1977) era diferente do direito obrigacional que tinha o titular contra o obrigado, era necessário a existência deste último. Porém, adverte que a ação não é um direito a uma

---

<sup>18</sup> una pretensión de tutela jurídica sólo compete a quien tiene en esa tutela un interés real, no imaginario, y que lo expone en lo proceso

sentença determinada, esclarecendo que, em sua opinião, a procedência ou improcedência da ação seria ordenada apenas pela verdadeira necessidade da tutela jurídica do Estado.

Sequaz à teoria de Wach, o processualista italiano Giuseppe Chiovenda lança, em 1903, a obra titulada *Princippi di diritto processuale civile* (Princípios de direito processual civil). Mais tarde reproduziu sua teoria no *Instituzioni di Diritto Processuale Civile* (Instituições de direito processual civil). Importante destacar que nos prefácios de seus trabalhos Chiovenda (2000) é franco e não se arroga o merecimento pela teoria que expõe, sendo sincero de que se baseia em doutrinas estrangeiras, em especial de Wach. Nestes trabalhos, Chiovenda (2000, p. 43) diz que:

Ação e obrigação [...] são, por conseqüência, dois direitos subjetivos distintos, que somente *juntos* e *unidos* preenchem plenamente a vontade concreta de lei. A ação não se assimila à obrigação, não é o meio para atuar a obrigação, não é a obrigação em sua tendência para a obrigação, não é um efeito da obrigação, não é um *elemento* nem uma *função* do direito de obrigação, mas um direito distinto e autônomo, que exsurge e pode extinguir-se independente da obrigação [...]; direito tendente a um efeito jurídico e não à prestação.

Entende Chiovenda (2000) que a ação nasce quando ocorre a transgressão de direito, isso porque quando isso acontece nasce outro direito subjetivo oriundo da vontade concreta de lei. Trata-se, segundo ele, de dois direitos distintos e diversos. Conforme o jurista italiano, o ideal seria o adimplemento espontâneo das determinações legais; e como nem sempre ocorre a prestação voluntária da obrigação, nasce para o titular do direito lesionado o direito de ação, porquanto apenas o Estado tem o direito a persecução/coação para que o obrigado cumpra a pretensão do credor. Ou seja, o titular do direito violado tem um direito potestativo de pedir a tutela estatal para ser o cumprimento da obrigação (direito de ação). Diz Chiovenda (2000) que o direito de obrigação visa ao seu adimplemento, enquanto que o direito de ação busca garantir de todos os meios possíveis conseguir o bem garantido por lei e, é no processo que se deve implementar esses meios. Tendo este entendimento, Chiovenda (2000) chega à conclusão que, apesar de serem autônomos e diversos, ambos os direitos (direito subjetivo e direito de ação) tem um nexo estreito, porquanto objetivam a vontade concreta de lei.

Apesar de a teoria do direito concreto de ação defendida por Wach e Chiovenda limitar o direito de ação (tutela estatal) somente àqueles que são efetivamente

titulares de direito subjetivos, essa teoria teve grande importância para a discussão da teoria da ação, pois reconheceu a autonomia entre o direito subjetivo e o direito à tutela estatal, como dois direitos distintos e diversos.

### 1.2.3 Teoria do direito abstrato de ação

Anteriormente à teoria do direito concreto de ação, surgiu a *teoria do direito abstrato de ação*, cujos maiores representantes foram os juristas Degenkolb (na Alemanha) e Plósz (na Hungria). Não obstante a teoria abstrativista tenha surgido cronologicamente antes da teoria do direito concreto de ação, eis que defendida por Degenkolb já em 1877, a doutrina em geral (e aqui se seguirá a mesma disposição) a coloca em ordem posterior por ter sido uma teoria que avançou ainda mais na autonomia entre o direito material e a ação processual.

Conforme doutrina de Ovídio Baptista (2006, p. 84-85), para esta teoria, a ação processual era efetivamente um direito autônomo do direito subjetivo material, sendo um direito público e abstrato. Assim, qualquer um poderia ser ouvido nos tribunais e teria direito de resposta tendo, ou não, um direito substancial. Em comentário a esta teoria, o jurista brasileiro explica que:

Para a chamada teoria do ‘direito abstrato de ação’ (DEGENKOLB, PLÓSZ e seus seguidores), este é um direito público subjetivo conferido a todos indistintamente, sendo irrelevante para sua existência que o autor tenha ou não razão, seja ou não titular do direito posto em causa perante o magistrado. Tanto aquele que tiver sua demanda declarada procedente quanto outro que propusera ‘ação’ julgada improcedente eram igualmente titulares de um idêntico direito subjetivo público, através do qual impunham ao Estado o cumprimento de sua obrigação de prestar jurisdição. (SILVA, 2006, p. 84)

Não faltaram críticas a esta teoria, principalmente de Wach e Chiovenda. Diz este último que seria impossível a existência de um direito de ação e, conseqüentemente, a possibilidade de uma sentença favorável a alguém de não possuir qualquer direito subjetivo material.

### 1.2.4 Teoria eclética da ação



Por fim, sobreveio a *teoria eclética da ação*, defendida por Enrico Tullio Liebman, publicada na obra *L'azione nella teoria del processo civile* em 1949; que, vale destacar, foi a teoria acolhida pela legislação brasileira do Código de Processo Civil de 1973. A teoria de Liebman (1984) recepcionou pressupostos tanto dos concretistas quanto dos abstrativistas, ao passo que para a teoria eclética o direito de “ação” não é admitido somente àqueles que sejam efetivamente titulares de um direito subjetivo material (como defendiam os representantes da teoria do direito concreto de ação); por outro lado, a teoria eclética também não admite que o direito de “ação”<sup>19</sup> seja um direito incondicionado (como afirmam os sequazes da teoria do direito abstrato de ação).

Primeiramente, há que se destacar que para Liebman (1984), o direito de “ação” é um direito dirigido em face do Estado. É, desta forma, um direito de gozar da tutela jurisdicional estatal, ou seja, é um direito subjetivo à jurisdição. Como explica melhor Ovídio Baptista (2006, p. 85):

Tentando superar as duas posições extremas, parte LIEBMAN da afirmação de que este fenômeno, a que se dá o nome de “direito de ação”, corresponde a um agir dirigido contra o Estado, em sua condição de titular do poder jurisdicional e, por isso, em seu exato significado, o direito de ação é, no fundo, o *direito à jurisdição*; entre ação e jurisdição existe, por isso mesmo, uma exata correspondência, não podendo haver um sem outro (“L'azione nella teoria del processo civile”, *Problemi del processo civile*, pp. 45 e 47).

Daí que, para a teoria eclética, teriam direito de “ação” não somente àqueles que possuem razão no *meritum causae*, em antagonismo ao entendimento dos concretistas. No entanto, Liebman (1984) não considera que a “ação” (direito à jurisdição) seja um direito público incondicional e afirma que somente existe direito de “ação” mediante a existência de *condições* (legitimação para a causa e interesse de agir). Assim, antes mesmo da análise da causa, o magistrado deve analisar essas condições, para certificar se o requerente possui direito de “ação”. Em caso do juízo averiguar a ausência de qualquer dessas condições, deve ser declarada a carência de ação. E, neste caso, segundo Liebman (1984), não houve atividade jurisdicional, uma vez que jamais existiu uma “ação”. Assim, do ponto de vista dos ecletistas, somente existe “ação” processual, quando ultrapassada a análise das questões preliminares e

---

<sup>19</sup> Imperioso esclarecer que se usa neste trabalho a palavra ação entre aspas, quando se refere à “ação” de direito processual para diferenciá-la da ação de direito material (sem aspas). Solução esta sugerida por Pontes de Miranda, já que no Brasil usa-se a mesma terminologia para as duas categorias.

certificado que é possível, no caso, o pronunciamento de uma sentença que decida o mérito da causa. Para Liebman duas seriam as condições da ação: legitimação para a causa e interesse processual. Diz que:

[...] o direito de agir em juízo é realmente atribuído para a tutela dos *próprios* direitos e interesses legítimos e isso significa que não pertenceria a quem postulasse tutela para direitos alheios. Eis uma primeira indicação que serve para individualizar a pessoa que, caso por caso, pode efetivamente agir em juízo: é o que se chama *legitimação para agir*.

Em segundo lugar, como o direito de agir é concedido para a tutela de um direito ou interesse legítimo, é claro que existe apenas quando há necessidade dessa tutela, ou seja, quando o direito ou o interesse legítimo não foi satisfeito como era devido, ou quando foi contestado, reduzido à incerteza ou gravemente ameaçado. Individualiza-se, com isso, a situação objetiva que justifica a propositura de uma ação: é o que se chama *interesse de agir*. (LIEBMAN, 1984, p. 150)

Ou seja, o interesse de acionar corresponde à necessidade de se utilizar do processo judicial para obter o adimplemento da obrigação, bem como, a idoneidade e capacidade do meio processual para a satisfação da pretensão do autor. Já a legitimação para acionar, indica as partes que devem se integrar a demanda (pólo passivo e ativo), porquanto, ninguém poderá pleitear em juízo direito alheio (salvo as exceções previstas na legislação – legitimação extraordinária), assim como ninguém poderá ser demandado para responder por obrigação de outrem.

Destarte, presentes as condições da ação, que são verdadeiros requisitos de existência da “ação” processual, teria o Estado o dever de prestar a atividade jurisdicional, caso contrário, deveria ser exposta a carência da ação, que poderia, segundo Liebman (1984), ser decretada até mesmo de ofício pelo magistrado. Assim, o direito de “ação” depende, para os ecletistas, dessa análise de admissibilidade preliminar. Diante disso, separa Liebman (1984), o “direito de ação”, quando presente seus pressupostos, do “direito de petição” ou “direito de acesso aos tribunais”, que é, diz ele, um direito incondicional e abstrato. Assim, quando extinto um processo por carência de ação, não houve “ação”, mas tão somente se realizou o direito de petição.

### 1.3 As “posições subjetivas” e a prescrição

Ao final de toda discussão da teoria da ação, chega-se a conclusão que a “ação” processual era um direito público subjetivo autônomo do direito subjetivo material, praticado em face do Estado e é, consoante Liebman (1984), equivalente ao direito de jurisdição (tutela jurisdicional do Estado). Contudo, em que pese autônomo e distinto, o direito de “ação” processual é, de certa forma, uma representação do direito de ação material que possui o titular do direito lesionado.

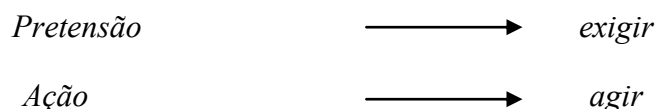
Com efeito, o monopólio do direito é uma característica do Estado moderno<sup>20</sup>, isso inclui tanto a fase de criação das normas abstratas, ou seja, no âmbito legislativo, quanto na oportunidade de aplicação das leis. A esta última função (dever) se dá o nome de jurisdição. Logo, a forma de solução de conflitos sociais é resolvida por meio da tutela jurisdicional, uma vez proibida a auto tutela; bem por isso, o Estado concedeu o direito de ação, que representa, pois, o direito de *agir* do titular de um direito violado. Por outro lado, como é consabido, esse direito de *agir*, atualmente, nem sempre é satisfeito através da “ação” processual, haja vista que o sistema moderno acolhe métodos alternativos de resolução de conflitos, tais como a mediação e conciliação<sup>21</sup>.

A ação de direito material é “o agir do sujeito para a realização do próprio direito” (SILVA, 2002, p. 67). Esta é uma das categorias que Pontes de Miranda (1998) das que o autor denominou de *posições subjetivas* do titular de um direito, e somente surge quando ele foi violado. Durante o transcurso do momento de materialização das normas jurídicas, Pontes (1998) aponta três posições subjetivas e três faculdades correlativas:



<sup>20</sup> Cumpre esclarecer que se compreende por Estado moderno como sendo Estado Democrático de Direito. Oportuna é a lição de Cintra, Grinover e Dinamarco que traduzem o que se entende por Estado moderno neste trabalho. Explica os autores que: “O Estado moderno repudia as bases da filosofia política liberal e pretende ser, embora em atitudes paternalistas, ‘a providência do seu povo’, no sentido de assumir para si certas funções essenciais ligadas à vida e desenvolvimento da nação e dos indivíduos que a compõe. Mesmo na ultrapassada filosofia política do Estado liberal, extremamente restritiva quanto às funções do Estado, a jurisdição sempre esteve incluída como responsabilidade estatal, uma vez que a eliminação dos conflitos concorre, e muito, para a preservação e fortalecimento dos valores humanos da personalidade. E hoje, prevalecendo as idéias do *Estado social*, em que o Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos [...]” (CINTRA ... [et al.], 2005, p. 39).

<sup>21</sup> A conciliação “visa a induzir as próprias pessoas em conflito a ditar a solução para a sua pendência. O conciliador procura obter uma *transação* entre as partes (mútua concessões), ou a *submissão* de um à pretensão do outro [...] ou a desistência da pretensão. [...] A *mediação* assemelha-se à conciliação: os interessados utilizam-se a intermediação de um terceiro, particular, para chegar a pacificação de seu conflito. Distingue-se dela somente porque a conciliação busca sobretudo o acordo entre as partes, enquanto a mediação objetiva trabalha o conflito, surgindo o acordo como mera consequência. (CINTRA ... [et al.], 2005, p. 30).



### 1.3.1 Direito subjetivo

Há fatos que são importantes ao universo jurídico, e sua ocorrência faz com que adentrem ao mundo jurídico, e então passam a ser denominados fatos jurídicos. Na obra intitulada *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, Emílio Betti (1969) explica que toda norma jurídica é composta por uma previsão em abstrato e uma disposição correspondente. Ele denominou as hipóteses existentes nas normas jurídicas de *fattispecie*, que no latim medieval significa figura de fato. Toda vez que se apresenta a *fattispecie*, o ordenamento fornece uma resposta. Existe, para Betti (1969), um nexo de causalidade entre os fatos que são enquadrados na moldura circunstancial das normas (*fattispecie*) e a nova situação jurídica produzida, que ele denomina de efeitos jurídicos.

Para o jurista italiano, “factos jurídicos são, portanto, aqueles fatos a que o direito atribui *relevância* jurídica, no sentido de *mudar* as situações anteriores a eles e de configurar novas situações, a que correspondem novas qualificações jurídicas” (BETTI, 1969, p. 20). Assim, fato jurídico é, nada mais, que a realização em concreto da *fattispecie*, e seu acontecimento gera, necessariamente efeitos jurídicos.

O direito subjetivo, por sua vez, é um efeito jurídico gerado a partir da realização de um fato jurídico. Ensina Pontes de Miranda (1998, p. 46) que “a regra jurídica é objetiva e incide nos fatos; o suporte fático torna-se fato jurídico. O que, para alguém, determinadamente emana, de vantajoso, é direito, já aqui *subjetivo*, porque se observa do lado desse alguém, que é titular dele”. Assim, o direito subjetivo nasce da materialização/realização da previsão normativa, e desta é dependente, pois

[...] não há direito subjetivo sem regra jurídica (direito objetivo), que incida sobre suporte fático tido por ela mesma como suficiente. Portanto, é erro dizer-se que os direitos subjetivos existiram antes do direito objetivo; e ainda o é afirmar-se que foram simultâneos. A regra jurídica é *prius*, ainda quando tenha nascido no momento de se formar o primeiro direito subjetivo. (MIRANDA, 1998, p. 55).

O direito subjetivo está, portanto, no plano concreto, e não no plano abstrato, como o direito objetivo (normas jurídicas). Ele requer a existência de uma norma que prescreva a *fattispecie* e a subsunção, ou seja, concreção do fato jurídico. Daí resulta o direito subjetivo, que é singular e individual:

O ‘direito’ é dotado, assim, de individualidade, como eu, a minha filha mais velha, o marido de A. Estamos no plano dos individuais. Rege, pois, o *princípio da individualidade dos direitos*. Direito nasce, transforma-se, e morre; por isso, pode transmitir-se, conservando sua identidade. A regra jurídica tem tanto com isso como tem com a identidade da página 100 do exemplar deste livro, que o leitor está lendo, a máquina de impressão que baixou oito mil vezes sobre as folhas de papel. A página de papel foi o suporte fático; a chapa molhada de tinta é a regra jurídica; o contato é a incidência; a página impressa é o fato jurídico de interesse às relações humanas. A página 100 tem a sua individualidade, quer se cogite dela como página 100 dentre as oito mil páginas que foram impressas, quer dela se cogite como página 100 dentre as páginas deste exemplar (MIRANDA, 1998, p. 54)

O direito subjetivo, que é efeito resultante da ocorrência do fato jurídico, sempre está ligado a um titular (um sujeito do direito) que possui a faculdade de sua satisfação. Ocorre que o fato do direito subjetivo conter a faculdade de sua satisfação não o retira do plano estático; porquanto, o titular do direito subjetivo tem o poder de escolha, mas não de exigir, e nem de agir. No caso de uma dívida não vencida, por exemplo, já existe um direito subjetivo para o credor; contudo, não nasceu ainda para o devedor a obrigação de pagar. Assim, a débito ainda não pode ser cobrado. Neste caso, há direito subjetivo, contudo, não há nem pretensão e muito menos ação.

Importante nota é que a pretensão (e futuramente a prescrição desta pretensão) requer uma violação, que nem sempre se faz presente na existência do direito subjetivo. Junto com o direito subjetivo nasce um dever. Pontes de Miranda (1998) coloca direito subjetivo e dever em dois lados opostos, lado ativo e passivo respectivamente. E, em que pese haver uma correlação entre eles, não há uma identidade. Na compra de um imóvel, v.g., nasce para o proprietário o direito subjetivo à propriedade, bem como todos os gozos que dela resultam. Nasce, ao mesmo tempo, um dever geral de não violação ao direito de propriedade. Assim, enquanto o sujeito “A” tiver a propriedade do imóvel, existe um direito subjetivo. A compra e venda do imóvel, nesse caso, é um fato jurídico (*fattispecie*) que deu a “A” o direito subjetivo à propriedade do bem. Ao mesmo tempo, nasceu um dever, aqui geral, de não violação ao direito.

### 1.3.2 Pretensão

Não existe pretensão sem direito subjetivo. Por outro lado, existe direito subjetivo sem pretensão. A diferença entre as duas categorias, conforme explanação extraída da obra de Pontes de Miranda (1998), é que com a pretensão nasce a possibilidade de *exigência*. Quando se tem um direito subjetivo, há um correlativo no pólo passivo que é o dever, com o nascimento da pretensão, por sua vez, nasce para o sujeito passivo, a obrigação. O dever possibilita tão-somente que o titular do direito subjetivo possa *pedir* pela não violação do direito. A pretensão, por sua vez, carrega consigo a faculdade de *exigir* a satisfação da pretensão.

Por exemplo, no caso de uma dívida ainda não vencida. O credor já possui direito subjetivo ao crédito. Mas somente com o vencimento a dívida pode ser cobrada. Daí que, é com o vencimento que surge a pretensão, conseqüentemente, a *exigibilidade* da obrigação. Como também no já citado exemplo do direito de propriedade. Quando alguém adquire um imóvel, nasce a esse alguém o direito subjetivo de propriedade, bem como o dever dos demais de não violação a esse direito. Mas também nasce aí a pretensão, que se manifesta na proibição geral de turbação e de esbulho. O proprietário pode *exigir* que ninguém turbe ou esbulhe seu imóvel. (MIRANDA, 1998)

Justamente porque a *exigibilidade* é a característica da pretensão é que ela busca a satisfação. Ou seja, quando um sujeito possui uma pretensão é porque aquela obrigação deve ser satisfeita, daí porque pode ser exigida. Dito isso, percebe-se a incoerência de se incluir a pretensão (*Anspruch*) no âmbito do direito processual. Isso porque, o nascimento da pretensão não necessita, obrigatoriamente, da violação do direito, não requer uma lide, pois é conseqüência natural de toda relação obrigacional. Às vezes surge simultaneamente com o direito subjetivo, por vezes após, mas a ele está ligada. Enquanto ninguém viole o direito de propriedade de “A”, v.g., a sua pretensão está sendo satisfeita, pois temos neste caso uma pretensão à omissão contínua *erga omnes*. O nascimento da pretensão e sua satisfação é o caminho ordinário. Apenas a não satisfação da pretensão é que rompe a normalidade. (MIRANDA, 1998)

Mas então por que o art. 189 do Código Civil dispõe que: “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição”? Ora, da leitura do

dispositivo percebe-se que a pretensão depende da lesão ao direito<sup>22</sup>. A resposta a esta questão já foi explanada por Windscheid (1974, p. 333) na réplica à crítica de Muther:

[...] aqui não se trata dessa pretensão, mas sim da pretensão contra a pretensão contra quem foi realmente lesionado esse direito, para que repare a lesão. [...] O direito a reparação da lesão de um direito real, em transformação, tem certamente um conteúdo distinto que o direito mesmo, e se diferencia deste precisamente por ser um direito contra uma pessoa determinada, uma pretensão, o que o direito obrigacional era desde o começo. Por isso, a extinção desse direito – por prescrição ou alguma outra coisa – não afeta o direito real mesmo<sup>23</sup>.

Ou seja, para Windscheid (1974), a pretensão que se extingue pela prescrição é aquela que surge da violação do direito. Destarte, a pretensão passível de prescrição envolve sempre uma relação obrigacional (e nunca real) na qual estão presentes pessoas determinadas, o titular do direito lesionado e o causador da violação. No caso do direito de propriedade, por exemplo, tendo sido esbulhada ou turbada o imóvel, nasce para o proprietário a pretensão de ser restituída a posse. Caso esta pretensão não seja *exigida*, ocorre a prescrição. No caso de um débito creditício, o momento do nascimento da pretensão é o vencimento da dívida, ocasião em que nasce a obrigação do devedor de pagar e que o credor pode exigir-la. Não paga a dívida, imediatamente deve ser exigida, sob pena de prescrição da pretensão<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Interessante, porém desditosa, é a explicação de Caio Mário da Silva Pereira: “Cabe agora indagar quais os direitos sujeitos à prescrição, ou, inversamente que direitos escapam a ela. E à pergunta é jurídico responder que a *prescritibilidade é a regra, a imprescritibilidade, a exceção*. A prescritibilidade alcança todos os direitos subjetivos patrimoniais de caráter privado. Escapando-lhe aos efeitos aqueles direitos que se prendem imediatamente à personalidade ou ao estado das pessoas. Os direitos à vida, à honra, à liberdade, à integridade física ou moral não se sujeitam a qualquer prescrição, em razão de sua própria natureza” (2004, p. 687). Em primeiro lugar, direitos nunca prescrevem. E isso Caio Mário supostamente tinha ciência, pois começa sua lição acerca da prescrição salientando que a prescrição atinge a pretensão. Em segundo lugar, é também totalmente infeliz a divisão que a doutrina faz entre direitos patrimoniais e direitos da personalidade no que toca à prescrição. A questão da prescrição deve-se centrar na pretensão (*Anspruch*) que é o seu objeto. Importante exemplificar que quando tenho um direito de propriedade, tenho uma pretensão *erga omnes* que ninguém deverá violá-lo. E esse direito nunca irá prescrever, somente quando perco o direito da propriedade, mas aí se está falando de direito e não de pretensão. Quando o direito é violado, nasce outra pretensão. Esta última sim passível de prescrição. Da mesma forma os direitos da personalidade. Quando violados, nasce para o titular uma pretensão, que, igualmente, pode se extinguir por efeito da prescrição. O que difere direitos patrimoniais e não patrimoniais é a possibilidade do seu titular dispor deles. Isso, nada tem a ver com prescrição!

<sup>23</sup> [...] aquí no se trata de esa pretensión, sino de la pretensión contra quien ha lesionado realmente ese derecho, para que subsane la lesión. [...] El derecho a que subsane la lesión de un derecho real, en cambio, tiene ciertamente un contenido distinto que el derecho mismo, y se diferencia de éste precisamente por ser un derecho contra una persona determinada, una pretensión, lo que el derecho obligacional era desde un comienzo. Por eso, la extinción de ese derecho – por prescripción o alguna otra causa – no afecta al derecho real mismo.

<sup>24</sup> Pontes de Miranda diz que no caso de violação de um direito real, surge imediatamente ao proprietário a ação de direito de material, haja vista que a ele somente resta *agir* para a satisfação do seu direito. “Não se deve, portanto, confundir-se nos direitos reais os momentos em que lhe surgem a pretensão e ação. É comum encontrar-se na doutrina a afirmação de que as pretensões reais apenas nascem no instante em que o direito é violado. Sem

A prescrição começa a correr a partir do momento em que o titular possa exigir a satisfação da obrigação não realizada. Ensina Ovídio A. Baptista da Silva (2006, p. 64):

Se, todavia, embora possa fazê-lo, deixo de exigir do obrigado o cumprimento da obrigação o cumprimento da obrigação, terei, pelo decurso do tempo e por minha inércia, prescrita essa faculdade de exigir o pagamento, ou, de um modo geral, o cumprimento da obrigação. Haverá, a partir de então, *direito subjetivo*, porém, não mais *pretensão*, e, conseqüentemente, não mais *ação*, que [...] é um momento posterior na vida do direito subjetivo.

Porém, a *exigência* que é inerente à pretensão não implica o efetivo agir do titular do direito para sua satisfação, uma vez no plano da pretensão ainda se espera pelo cumprimento voluntário do devedor. Caso não haja o adimplemento espontâneo, cabe ao credor uma exigência efetiva, nasce, agora, outro momento do direito subjetivo, que é a ação de direito material.

### 1.3.3 Ação de direito material

Explica Pontes de Miranda (1998, p. 64) que “a ação não é só exigência: se digo ao devedor que desejo que me pague o que me deve, *exijo-o*; porém, ainda não *ajo* contra ele: se lhe tomo a coisa, que me deve, *ajo* condenatoriamente, *condeno* e *executo*”.

Extrai-se ainda da lição do jurista:

É preciso, portanto, que não se confunda *exigir* e *acionar*. Tão-pouco, exigir e acionar com *pedir*: se há o crédito, sem pretensão e sem ação, o credor pode pedir, porém não exigir ou acionar o devedor. Se não pode acionar, nem exigir, é que não há ação, nem, sequer, pretensão. Se se pode exigir e não se pode acionar, há pretensão e não há ação. *Exigere* (ex, ago) é empurrar, reclamar, empuxar, com o fito de que o obrigado cumpra, operar fora para que o obrigado seja *exato*. Acionar, *agere*, sem o *ex*, não: é ir por si, já sem querer mover o obrigado. (MIRANDA, 1998, p. 101-102)

---

violação, segundo este entendimento, não haveria pretensão real. Ora, como já ficou demonstrado, havendo violação do direito, a seu titular nada mais resta senão *agir para sua realização*, sem mais contar com a cooperação do obrigado. E isto não é mais que simples exercício de pretensão, e sim, já, *ação de direito material* (PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, v. 1, § 7) (SILVA, 2006, p. 69).



Ou seja, enquanto a pretensão faculta ao titular *exigir* o cumprimento da obrigação visando a sua satisfação; com a ação, o titular tem a faculdade de *acionar*. O direito subjetivo e a pretensão surgem da normalidade jurídica de qualquer relação obrigacional. Contudo, a ação nasce da não satisfação da pretensão. Aqui, houve uma violação, temos um sujeito passivo certo e aquilo a que se objetiva é a combatividade (MIRANDA, 1998). Ensina Ovídio Baptista (2006, p. 67) que:

Verificada a condição, ou ocorrido o termo, surge para o titular do direito subjetivo o poder de exigir sua satisfação e para o sujeito passivo a obrigação (*lato sensu*) de satisfazê-lo. Se o titular do direito exige que o obrigado cumpra a obrigação, terá havido *exercício* (eficaz) *de pretensão*, normalmente realizada extrajudicialmente. Ainda não há, até este momento, *contrariedade a direito*. Se, no entanto, o obrigado, ante a exigência, recusa-se a satisfazê-lo, ao titular da pretensão (= direito exigível) nasce a *ação de direito material*, que é o agir do sujeito para a realização do próprio direito.

A *exigência* da satisfação da pretensão, seja ela por vias judiciais ou não, ainda está no caminho ordinário, do que é esperado conforme determinação das normas jurídicas. Porém, a recusa de quitação da dívida, a turbação do imóvel, ou qualquer outra violação de direito subjetivo/pretensão, implica a necessidade de ação (*agere*) do seu titular. Ou seja, a ação de direito material é um novo poder que surge quando inócua a exigência da pretensão.

Diante dessas considerações, percebe-se que a prescrição começa a correr a partir do momento em que se tem uma pretensão ante a violação de um direito. A existência da pretensão faculta ao titular do direito lesionado o poder de exigência (aqui em potência). É, a partir do nascimento desta pretensão que começa a correr a prescrição, quando o sujeito ativo pode exigir o adimplemento voluntário do sujeito passivo. Não ocorrendo o adimplemento espontâneo, nasce outra faculdade ao titular do direito – a ação de direito material, que implica um exigir efetivo. Contudo, curioso é que nem com a *exigência* e nem mediante a ação do titular do direito vai ocorrer a suspensão do prazo prescricional, que somente acontece no momento da citação na “ação” processual (art. 219 do CPC).

#### **1.4 A prescrição e a “resolução” do mérito: a temporalização do conflito**

Tendo em vista toda construção teórica acerca da teoria da ação, houve uma modificação do objeto da prescrição. Esse não seria nem o direito subjetivo material, como ainda é o entendimento dos italianos e franceses, nem a ação como entendiam os antigos juristas alemães, em especial Savigny, e outros doutrinadores brasileiros como Clóvis Beviláqua (1929) e Câmara Leal (1982). Mas seria a pretensão, e esse instituto conhecido como sendo a faculdade de exigência do titular do direito lesionado para sua satisfação – um momento posterior ao direito subjetivo, como assinala Ovídio Baptista (2006).

Estava, portanto, assentado o entendimento de que, por um lado, o conceito de *actio* do direito romano equivaleria ao que hordiermente compreende-se por pretensão (*Ansprüsch*), e, por outro, a pretensão (e a ação de direito material) e a “ação” processual eram direitos autônomos e diversos. Diante todas essas mudanças decorrentes da absorção de estudos estrangeiros, houve consideráveis alterações no ordenamento nacional – e a prescrição foi o principal, e talvez o único, instituto privado a ter considerável transformação conceitual.

Com já exposto, notável atraso teórico tiveram os doutrinadores brasileiros e a própria legislação civilista nacional, uma vez que somente no Código Civil de 2002, houve a adoção da nova doutrina alemã, que já havia sido divulgada por Windscheid em 1856 e recepcionada pelo BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch* - Código Civil alemão) em 1900. Contudo, em pese a delonga na aceitação da nova tese, tanto o *codex* civilista vigente, bem como o Código de Processo Civil promulgado em 1973, a acolheram por completo, como se percebe no artigo 189 do CC e 269, IV, do CPC:

*Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição.*

*Art. 269, IV. Haverá resolução do mérito quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição.*

Importante destacar que na Exposição de Motivos do Código (2000) restou expresso a mudança do objeto da ação. Dela extrai-se:

Ainda a propósito da prescrição, há um problema terminológico digno de especial ressaltar. Trata-se de saber se prescreve a *ação* ou a *pretensão*. Após amadurecidos estudos, preferiu-se a segunda solução, por ser considerada a mais condizente com o Direito Processual contemporâneo, que de há muito superou a teoria da ação como simples projeção de direitos subjetivos.

Todavia, não houve tão somente uma alteração terminológica. Já não é mais possível conceituar a prescrição como sendo “a extinção de uma ação ajuizável” (1982, p. 12), como a fez Câmara Leal no início do século XX. Mas agora ela é a perda da pretensão! E isso faz toda a diferença. Pode-se dizer que com a elucidação do verdadeiro significado do termo *actio*, e conseqüentemente, a alteração na definição do instituto da prescrição, houve o volver do seu verdadeiro sentido.

É consabido que quando a teoria civilista da ação tomava por conceito de ação a definição de Celso (a ação nada mais é do que o direito de perseguir em juízo o que é devido), fazia uma confusão da ação de direito material com a “ação” processual, uma vez que colocava no mesmo conceito o direito à tutela jurisdicional (“ação” processual) e o direito de perseguir o que é devido (ação de direito material). Resultado disso é que para os seguidores dessa teoria, a prescrição, de certa forma, também atingia o direito de perseguir o que era ao titular por direito; porém, frisa-se: judicialmente. Tanto é que na lição de Savigny acerca da prescrição, ele aponta a *actio nata* como um pressuposto para sua ocorrência. Contudo, para essa corrente, o grande propósito da prescrição era a perda da persecução judicial (que para eles somente existiria quando houvesse efetivamente um direito violado).

A partir da divisão entre ação de direito material e “ação” processual ficou claro que a prescrição não atingia o remédio processual, ou seja, o direito à tutela judicial, mas a pretensão e a ação de direito material. A partir dessa conclusão, verifica-se que a prescrição não significa a perda à jurisdição (muito pelo contrário, porque inclusive o magistrado decide o mérito quando verifica a prescrição), mas é o pronunciamento de que o titular não pode realizar qualquer forma de *exigência* para a satisfação do seu direito.

Tal questão, para a técnica jurídica processual, tem notória conseqüência. Ao ser um pronunciamento sobre o mérito da questão, a declaração de prescrição impede qualquer rediscussão sobre a matéria e coloca, definitivamente, um *ponto final* na discussão. Conforme lição de Tercio Sampaio Ferraz Jr. (2001, p. 309):

A institucionalização do conflito e do procedimento decisório confere aos conflitos jurídicos uma qualidade especial: *eles terminam*. Ou seja, a decisão jurídica é aquela capaz de lhes pôr um fim, não no sentido de que os elimina, mas que impede sua continuação. Ela não os termina por meio de uma dissolução, mas os soluciona, pondo-lhes um fim (cf. Ballweg, 1970:105). Ao contrário de outros conflitos sociais, como os religiosos, os políticos, os econômicos, os conflitos jurídicos são tratados dentro de uma situação em que eles encontram limites, não podendo ser mais retomados ou levados adiante indefinidamente (ver, por exemplo, a noção de coisa julgada).

A prescrição é, desta forma, uma “temporalização” do direito. Ela indica um *interim temporal* para a aplicação do ordenamento jurídico. O pronunciamento da prescrição é uma declaração de que o direito existe, mas que deve ser esquecido. Não deixa de ser uma solução para o problema (*lide*): a de que a questão deve terminar, não pela carência da “ação” processual, mas pela caducidade temporal do direito, não podendo ser mais *exigível*.

No entanto, a extinção do processo com a resolução do mérito em decorrência da prescrição é, conseqüentemente, uma declaração de existência do direito material subjetivo. Oportuna é a assertiva de Ovídio A. Baptista (2006, p. 65):

O direito é ou não é, existe ou não existe, tal como a faculdade de existir sua satisfação, que igualmente existe ou não existe. Procedência e improcedência são categorias de direito processual que correspondem ao resultado da investigação que no processo se faz para determinar justamente essa existência ou inexistência do direito e da pretensão. No plano do direito material, o direito existe e será sempre procedente quando invocado no processo; ou não existe e o resultado será a improcedência da demanda em que o pretense titular afirmara sua existência.

A pretensão, que é extinta pela prescrição, é um momento posterior na vida do direito subjetivo, surge quando esse possui *exigibilidade*. Desta forma, somente pode ser declarada a sua prescrição quando existe o direito subjetivo, porém não pode ser exigível sua satisfação em decorrência do lapso temporal. Diante dessas considerações, (i) se houve a prescrição da pretensão, a processo deve ser declarado extinto com a resolução do mérito; (ii) por outro lado, se não há direito algum, o pedido do autor da “ação” deve ser julgado improcedente.

Na prática, por uma questão de política de trabalho, e tendo em vista o vultoso número de processos judiciais, os magistrados tão somente declaram ou não a ocorrência da prescrição da pretensão. Todavia, muitas vezes declaram a perda da eficácia de algo que jamais existiu. A prescrição, contudo, exige a existência de um direito subjetivo e de uma pretensão sem eficácia. Não estava errado Savigny quando elencou como condição elementar da prescrição a existência de uma *actio nata*, mas esta última não deve ser entendida como uma ação exercitável, mas como pretensão (ação de direito material).

A prescrição é uma forma de terminar o conflito de um modo singular: a determinação que ele deve ser esquecido. Quando a prescrição ocorre, o sujeito não perde a

faculdade de peticionar ao poder judiciário, até porque tal poder é conferido, aliás, a todos os cidadãos incondicionalmente; nem perde o direito à jurisdição, mas perde o poder de *exigir* do outro a satisfação do direito, porque aquele conflito está, a partir do momento que foi de fato prescrita a pretensão, fora do âmbito jurídico.

A partir dessas observações, percebe-se a aporia que se coloca a prescrição, pois ela extingue a possibilidade de *exigir* a obrigação. Contudo, deixa aberto um meio de *exigência* (a “ação” processual), para que o poder judiciário declare que nada mais pode ser exigido.

### 1.5 A *naturalis obligatio*

Alguns juristas, como por exemplo Muther (1974), asseveram que depois de prescrita a pretensão, há a sobrevida de uma *obrigação natural*. Consoante Muther (1974), em sua crítica à Windscheid, a prescrição não poderia ter por objeto a pretensão, uma vez que após a ocorrência da prescrição, ainda restava a obrigação natural, e, para o jurista “nossa terminología não permite dúvida que a *naturalis obligatio* é uma ‘pretensão’” (MUTHER, 1974, p. 266)<sup>25</sup>. Windscheid (1974, p. 315) responde que “a *naturalis obligatio* constitue um elemento inorgânico do sistema jurídico, situado fora e não dentro do mesmo”<sup>26</sup>. Assim, para Windscheid a obrigação natural era uma construção extrajurídica, a qual o direito não deveria se preocupar. E diz ainda:

E o fato é que a prescrição da *actio* destrói a pretensão e, como consequência, também a obrigação. Contudo com isso não se há resolvida a questão da índole e do alcance dessa destruição. Se admito, pois, a possibilidade de subsista uma *naturalis obligatio*, embora a *actio* esteja prescrita, não reconheço o que a prescrição destrói a pretensão, mas sim tão pouco que esta destruição poderia não ser total<sup>27</sup>. (WINDSCHEID, 1974, p. 333)

<sup>25</sup> nuestra terminología no permite dudar que la *naturalis obligatio* es una ‘pretensión’.

<sup>26</sup> la *naturalis obligatio* constituye un elemento inorgánico del sistema jurídico, ubicado fuera y no dentro del mismo.

<sup>27</sup> Yo he dicho que la prescripción de la *actio* destruye la pretensión y, como consecuencia, también la obligación. Pero con esto no se ha resuelto la cuestión acerca de la índole y del alcance de esa destrucción. Si admito, pues, la posibilidad de que subsista una *naturalis obligatio*, aunque la *actio* esté prescrita, no reconozco que lo que la prescripción destruye no es la pretensión, sino tan sólo que esa destrucción podría no ser total.

Oportuna, também é o comentário de Savigny, em uma nota de rodapé na obra *System des heutigen römischen Rechts* acerca da obrigação natural:

deveria esperar encontrar aqui outra instituição positiva, distinta da prescrição, que tivera por objeto extinguir os direitos não exercitados. Se nenhum legislador se tem ocupado desse assunto tendo em vista a raridade e pouca importância prática das obrigações puramente naturais.<sup>28</sup>

Contudo, há aqueles que entendem que a *naturalis obligatio* é uma categoria integrante à esfera jurídica, ao passo que: (i) o devedor que paga dívida prescrita não pode pedir restituição; (ii) o pagamento de dívida prescrita não pode ser considerado doação. Daí que, as partes da relação obrigacional podem ignorar a prescrição. Assevera Pontes de Miranda que: “a eficácia, ainda que se era incobrável pela exceção de prescrição, tornou-se incólume a isso; se já estava encoberta, pelo exercício da exceção, o próprio prescribente a descobriu a dívida” (1974, p. 414).

Porém, como se vê, não há uma regulamentação de uma obrigação natural, e uma continuação daquilo que já foi prescrito; mas, por outro lado, uma completa ignorância da obrigação cuja pretensão prescreveu. A satisfação da obrigação é pela esfera jurídica totalmente desconhecida. Há que se admitir que as partes podem fazer descaso da prescrição e dar continuidade na relação obrigacional até seu completo adimplemento, mas todos os atos são estranhos ao mundo jurídico.

Diante disso, não restam dúvidas que com a prescrição da pretensão é fixado um ponto final na discussão. Vale repetir, não somente há uma vedação para ajuizamento de uma “ação”, mas sim uma proibição de qualquer forma de *exigência* da pretensão. O fato jurídico, portanto, que gerou lesão a um direito subjetivo e se transformou numa pretensão, está agora fora do mundo jurídico - não tem qualquer efeito legal. Diante disso, o que se pergunta agora, é o que legitima a imposição desse íterim para a efetividade de uma pretensão jurídica.

---

<sup>28</sup> debería esperarse encontrar aquí otra institución positiva, distinta de la prescripción, que tuviera por objeto extinguir los derechos no ejercitados. Si ningún legislador se ha ocupado del asunto débese a la rareza y poca importancia práctica de las obligaciones puramente naturales.

## 2 O FUNDAMENTO DA PRESCRIÇÃO

Na lenda *Diante da Lei* extraída de *O Processo*, Franz Kafka conta a história de um homem do campo que gostaria de entrar na lei. Todavia, diante da porta da lei existe um porteiro, que diz ao homem do campo que não pode permitir sua entrada. Ante a recusa, o homem então pergunta ao porteiro se poderá entrar mais tarde. O porteiro, por sua vez, responde que é possível. Como a porta permanece sempre aberta, o homem do campo se atreve a olhar para seu interior. Vendo isto, o porteiro o instiga a entrar sem sua permissão, no entanto, lhe avisa que lá dentro encontrará outros porteiros muito mais poderosos que ele. “*O homem do campo não esperava tais dificuldades: a lei deve ser acessível a todos*” (2005, p. 214), pensou. E, como não tinha escolha, decide aguardar até ser autorizado. Diante disso, o porteiro lhe dá um banquinho e o deixa sentar ao lado da porta. Após muitas tentativas de convencer o porteiro, tendo enfim passados anos e já a beira da morte, decide perguntar ao guardião da entrada porque em tanto tempo mais ninguém pediu para entrar. O porteiro responde: “*Aqui ninguém mais podia ser admitido, pois esta entrada estava destinada só a você. Agora eu vou embora e fecho-a*” (2005, p. 215).

Em um primeiro momento, há que se que concordar com a opinião de Josef K., segundo a qual o homem do campo foi enganado. Mas, por outro lado, como alerta o sacerdote, a atitude do porteiro não foi contraditória, primeiro disse que não era permitido sua entrada, depois afirma que a entrada era destinada só para ele. Ora, a entrada poderia estar destinada ao homem do campo e ao mesmo tempo ser proibida sua passagem? O guarda em nenhum momento o mandou embora, pelo contrário, lhe concedeu um banquinho e respondeu que talvez tivesse, em algum dia, permissão para entrar. O homem do campo ficou surpreso (reação que qualquer um teria), pois esperava poder entrar tranquilamente pela porta da lei, ou então, após tanta espera, ter uma resposta satisfatória.

A prescrição transpassa, assim como ocorre na lenda descrita por Kafka, uma sensação de injustiça, de que o Poder Judiciário fechou as portas para aquele que tinha um direito, e que agora não consegue mais entrar pela porta da lei (só possui uma obrigação natural, que é uma obrigação não jurídica). Isso porque, a inércia do titular do direito subjetivo lesado, que caracteriza a prescrição da pretensão, assim como no caso do homem do campo, nem sempre é uma inércia por negligência, mas muitas vezes é decorrente das

dificuldades que a ele eram inesperadas (como um porteiro que diz que é melhor não entrar, mesmo que não proíba a entrada).

No âmbito penal é ainda mais manifesta essa sensação social de injustiça, principalmente nos casos da prescrição retroativa e/ou superveniente. Nestas duas formas de prescrição, a parte (seja o Ministério Público, seja a vítima), em que pese ter ajuizado ação penal em face do suposto autor do fato tipificado como sendo delituoso em tempo hábil, pode ver a pretensão prescrita tão somente em razão da demora da prestação jurisdicional. Em tais casos, como se nota, não houve qualquer inércia do titular da prescrição.

Interessante é o esclarecimento de Sílvio de Salvo Venosa (2008, p. 536):

Num primeiro contato, e para os não iniciados na ciência jurídica, a prescrição pode parecer injusta, pois contraria o princípio segundo o qual quem deve e comprometeu-se precisa honrar com as obrigações assumidas. Contudo, como pretendemos demonstrar, a prescrição é indispensável à estabilidade das relações sociais. O adquirente precisa ter essa aquisição estabilizada e não pode ficar sujeito indefinidamente a eventual ação de reivindicação. Esse mesmo adquirente, ao efetuar o negócio, deve certificar-se de que a propriedade adquirida efetivamente pertence ao alienante e que, no prazo determinado pela lei, esse bem não tenha sofrido turbacão. Não fosse assim, o adquirente nunca poderia ter certeza de estar adquirindo bem livre e desembaraçado, porque teria de investigar, retroativamente, por tempos imemoriais, as vicissitudes do bem que adquiriu. Não fosse o tempo determinado para o exercício dos direitos, toda pessoa teria de guardar indefinidamente todos os documentos dos negócios realizados em sua vida, bem como das gerações anteriores. [...] Assim, o aspecto a primeira vista desfavorável da prescrição é superado pelas vantagens apontadas.

Está aqui se falando em “senso comum” acerca da prescrição, esse “senso comum” de injustiça que se contrapõe aos fundamentos jurídicos que dão alicerce ao instituto. Contudo, essa dicotomia “senso comum” *versus* “fundamento jurídico” não é, como, às vezes, se quer fazer crer, tão contraposto assim. Diz-se isso porque, primeiramente, não existe um fundamento certo e impugnável acerca da prescrição, tanto da prescrição civil, quanto da prescrição criminal. Os fundamentos são vários e suas forças diminuem ou intensificam ao longo do tempo. Em segundo lugar, os prazos prescricionais são prazos flexíveis, e são arbitrados ao bel prazer do legislador. Em aposição, Pontes de Miranda (1974, p. 281) asseverou que:

O primeiro problema de técnica legislativa, que se apresenta aos elaboradores de regras jurídicas sobre prescrição, é o de fixação dos prazos prescricionais; pois o da possibilidade da pretensão, ou da ação, suscetível de



prescrição, de si mesmo se põe e se resolve, salvo quanto a um ou outro caso, raro de se ter de escolher entre a prescrição e a preclusão. O arbítrio de legislador, *de lege ferenda*, é limitado; não é mais do que a pequena margem, que lhe deixam a ciência e a história, uma vez que essas já trazem rijas convicções sobre a duração dos diferentes prazos, em função das pretensões e ações.

Contudo, restou comprovado, ao contrário da assertiva de Pontes Miranda, que o prazo prescricional não tem nada de científico, e sendo muito maleável nas mãos do legislador, tanto é que nas últimas décadas foram notórias as alterações nos prazos, que sofreram bruscas reduções no âmbito civil, ou, ao contrário, tendem ao aumento na esfera penal. Aí se vê quão próximos estão os fundamentos da prescrição do “senso comum”, ou então de outros anseios sociais e econômicos que não são anseios do Direito e se distanciam das motivações expostas historicamente pelos juristas.

## **2.1 Os fundamentos da prescrição**

### **2.1.1 Razões dos civilistas**

Os civilistas apontam vários motivos para a necessidade do instituto. Savigny elenca cinco. O primeiro fundamento, que segundo ele é o mais decisivo, é a indispensabilidade de definição das relações passíveis de controvérsia. Destarte, o instituto da prescrição teria por fundamento principal dar por encerrada uma questão duvidosa. Ou seja, tendo em vista que o prazo prescricional começa a contar a partir do surgimento de uma pretensão oriunda da lesão de um direito, cria-se uma “previsão” de que o titular do direito violado aja para sua satisfação e para que esse estado de incerteza não perdure eternamente, a prescrição traria segurança e harmonia social. (SAVIGNY)

Para muitos doutrinadores (a maioria), este seria, aliás, o único motivo para a prescrição. Entre eles, estão Baudry & Tissier, Laurent, Palniol & Ripert, Colin & Capitant, Baltjens, Guillouard, Chironi & Abello, Colmo, Pugliese, Barassi e Roberto de Ruggiero, todos indicados na lição de Câmara Leal (1982, p. 14) Diz Ruggiero (1999, p. 412-413) que:

À pergunta de como se justifica que o tempo produza a perda de um direito, é fácil dar a resposta: o ordenamento não tutela quem não exerce o seu direito e mostra assim, desprezando-o, não o querer conservar, sendo do interesse da ordem social que depois de um dado tempo desapareça qualquer incerteza nas relações jurídicas, bem como toda a possibilidade de contestação ou pleito. Isto, porém, não implica que os direitos patrimoniais não possam perdurar para além do termos que a lei estabelece para a prescrição e, assim, indefinidamente; há direitos que pela sua natureza são perpétuos [...].

Entre os doutrinários brasileiros que seguem este entendimento estão: Clóvis Beviláqua (1929), Sílvio Salvo Venosa (2008), Theodoro Júnior (2003), Carlos Roberto Gonçalves (2003), Sílvio Rodrigues (2003), Caio Mário da Silva Pereira (2004), entre outros. Diz esse último que “é, então, na *paz social*, na segurança da ordem jurídica que se deve buscar o seu verdadeiro fundamento” (PEREIRA, 2004, p. 684). Explica Venosa (2008, p. 535) que: “Se a possibilidade de exercício dos direitos fosse indefinida no tempo, haveria instabilidade social. [...]. É com fundamento na paz social, na tranquilidade da ordem jurídica que devemos buscar o fundamento do fenômeno da prescrição [...]”. Nesse mesmo sentido, extrai-se da lição de Humberto Theodoro Júnior (2003, p. 164):

O direito, por isso mesmo, com a prescrição, apenas facilita uma arma de defesa, cujo emprego dependerá, em última instância, da discricção do devedor. Moralmente, não deve usá-la quem verdadeiramente se considera devedor do que lhe é reclamado; mas, em terreno de segurança jurídica, é preferível correr o risco de que alguém a use injustamente a deixar a sociedade exposta a todas as pretensões velhas, de cuja legitimidade ou ilegitimidade é difícil estar seguro em razão do longo tempo transcorrido. Daí por que, apartando-se dos aspectos dos aspectos éticos que o direito não pode controlar por inteiro, o fundamento principal, senão único, para sustentar o instituto da prescrição é, mesmo, o da segurança das relações jurídicas, cuja estabilidade se recomenda ainda quando não se ajuste com rigor e por inteiro ao ideal de justiça.

O segundo fundamento apontado por Savigny uma “presunção” de extinção do direito. Neste caso se presume que, pelo fato do titular do direito ter descuidado tanto tempo de exercitar sua ação, provavelmente o direito teria se extinguido de qualquer forma. Explica Savigny (p. 179 – tradução livre):

Esta presunção somente tem valor realmente nas largas prescrições, e, propriamente falando, se aplica tão somente a ações pessoais, principalmente a que resultam de um crédito, pois a extinção regular de um direito consiste

em um fato passageiro que não deixa nenhum vestígio e cuja prova resulta muitas vezes impossível<sup>29</sup>.

O terceiro motivo citado seria que a prescrição teria por fim ser uma penalidade, um castigo imposto ao titular do direito em razão da sua negligência. Contudo, diz Savigny não se deve tomar essa expressão (penalidade) no seu sentido ordinário. Explica que:

O castigo da negligência deve considerar-se; não como um motivo positivo da prescrição, mas sim como uma contraposição à censura de dureza e de injustiça que se dirige. Já mencionei o motivo positivo que se funda o interesse geral; o tempo que deixa o demandado para exercer sua ação permite consultar esse interesse sem comprometer demasiadamente os direitos particulares. Ao titular se exige que sacrifique o bem público, não apenas seu direito, mas sim sua negligência. Se permanece inerte, somente a si deve imputar a perda que experimenta, e este resultado é o que parece como uma pena<sup>30</sup> (SAVIGNY, 179 – tradução livre).

Essa compreensão, de que a prescrição seria, de certa forma, uma penalidade ao titular do direito subjetivo lesionado que permanece inerte, também é defendida por Maria Helena Diniz (2008). Diz a autora que: “A prescrição ocorre pelo fato de a inércia do lesado, pelo tempo previsto, deixar que se constitua uma situação contrária à pretensão; visa, punir, portanto, a inércia do titular do direito violado e não proteger o lesante” (DINIZ, 2008, p. 389).

A quarta razão para a prescrição descrita por Savigny seria garantir o direito de defesa do demandado, ao passo que a mesma seria dificultada em virtude do perecimento das provas no transcurso do tempo entre a ocorrência do fato e o ajuizamento da ação, e cita como exemplo, a morte das testemunhas. Tal fundamento foi fortemente acolhido no Brasil, tendo como principal defensor Pontes de Miranda (1974). Diz o jurista que seria muito difícil realizar uma devida instrução processual, com isso poderia provocar injustiças amparadas

---

<sup>29</sup> Esta presunción sólo tiene valor realmente en las largas prescripciones, y, propiamente hablando, se aplica tan sólo a las acciones personales, principalmente a las que resultan en un crédito, pues la extinción regular del derecho consiste en un acto pasajero que no deja ningún vestigio y cuya prueba resulta a menudo imposible

<sup>30</sup> El castigo de la negligencia debe considerarse; no como un motivo positivo de la prescripción; sino como una contraposición a la censura de dureza y de injusticia que se dirige. He mencionado ya el motivo positivo que se funda en el interés general; el tiempo que se deja al demandado para ejercitar su acción permite consultar este interés sin comprometer demasiado los derechos particulares. Al titular se le exige que sacrifique al bien público, no ya su derecho, sino su negligencia. Si permanece inactivo, sólo a sí mismo debe imputar la pérdida que experimenta, y este resultado es el que aparece como una pena.

infelizmente pelo Direito. Daí que a prescrição viria para proteger o “não devedor” que se vê impedido de provar sua defesa. Explana que:

A perda ou destruição das provas exporia os que desde muito se sentem seguros, em paz, e confiantes no mundo jurídicos, a verem levantarem-se – contra o seu direito ou contra o que têm por seu direito – pretensões e ações ignoradas ou tidas por ilamentáveis. O fundamento da prescrição é proteger o que não é devedor e pode não mais ter prova da inexistência da dívida; e não proteger o que era devedor e confiou na inexistência da dívida, tal como juridicamente aparecia [...]. (MIRANDA, 1974, p. 100)

Por fim, o último fundamento apontado por Savigny é a diminuição do número de demandas. Esta razão também estaria ligada, segundo o jurista, ao perecimento das provas pelo tempo, pois haveria uma presunção de que com ajuizamento dos pleitos muito após a ocorrência da violação do direito, surgiriam demandas indevidamente instruídas, e se daria azo para injustiças.

Todavia, essas não foram as únicas explicações para o instituto. Leciona Câmara Leal (1982) que Carvalho de Mendonça e Carvalho dos Santos acreditam que a inércia do titular demonstra a renúncia do direito - fundamento este severamente criticado, haja vista que, como alega Carperter, citado por Leal (1982), trata-se somente de uma hipótese. “Aliás, como dizem Baudry & Tissier, a idéia de uma liberação presumida, bem como a da renúncia do titular de um direito prescrito seriam motivos acessórios e secundários” (LEAL, 1982, p. 19).

Para Câmara Leal (1982), no entanto, o fundamento da prescrição se baseia em uma trilogia fundamental extraída da doutrina romana. Conforme Leal (1982), a prescrição tem por objetivo a harmonia social, tendo em vista a estabilidade já criada pelo tempo. Explica que enquanto o titular não pleiteia seu direito, cria-se uma situação de instabilidade, que a prescrição põe fim. Além disso, não deixa de ser um castigo (seguindo aqui o entendimento de Savigny), pois mesmo que indiretamente há uma penalidade, diz o autor, mas devidamente justificável, pois sua inércia estava provocando uma instabilidade jurídico-social.

Como se vê, é a doutrina romana que ressurgiu, na pureza cristalina de sua profunda filosofia jurídica. Aí estão os três fundamentos romanos da prescrição: o interesse público, a estabilização do direito, o castigo à negligência; representando o primeiro o motivo inspirador da prescrição; o segundo, a sua finalidade objetiva; o terceiro, o meio repressivo de sua

realização. Causa, fim e meio, trilogia fundamental de toda instituição, devem constituir o fundamento jurídico da prescrição. (LEAL, 1982, p. 16).

### 2.1.2 Razões dos penalistas

Preliminarmente, antes de se entrar nos fundamentos da prescrição penal, importante abrir um parêntese para esclarecer o que se leva adentrar no âmbito criminal, já que desde o começo deste trabalho aborda-se o instituto a partir da análise do direito privado. Oportuna, neste momento, é a lição de Pontes de Miranda (1974, p. 422):

As pesquisas em torno da prescrição, quer por parte dos cientistas do direito privado, quer por parte dos publicistas, mas, especificamente, dos penalistas, foram comprometidas, profundamente, pela falta de precisão nos estudos de direito romano e pelo particularismo do material de estudo. Se a prescrição fosse, para o civilista e o comercialista, algo diferente do que é para o penalista, ter-se-ia, em boa lógica, de recorrer a nomes diferentes. Porém, ao se aplicar, num e noutro ramo do direito, o mesmo método científico, teve-se atentar no que há de comum entre a prescrição de direito privado e a prescrição de direito público, inclusive penal.

Ou seja, a prescrição do direito penal é instituto análogo à prescrição do direito privado, tendo, inclusive, o mesmo objeto: a pretensão. No entanto, conveniente esclarecer que no âmbito criminal, existem duas espécies de prescrição: (a) a prescrição da pretensão punitiva, consistente na “perda, pelo Estado, da pretensão de obter uma decisão acerca do crime que imputa a alguém” (ZAFFARONI, 2004, p. 716); e (b) a prescrição da pretensão executória, que se trata da extinção da pretensão para executar a pena, após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Assim sendo, a prescrição não atinge nem a pena, mas sim a pretensão executória do Estado; e nem a ação penal, mas, por sua vez, a pretensão punitiva estatal. Em outras palavras, enquanto estas pretensões ainda não foram atingidas pela prescrição, o Estado poderá *exigir* que o acusado seja condenado (pretensão punitiva) e *exigir* que a pena seja executada (pretensão executória). Exemplar é a lição de Heleno Cláudio Fragoso (2004, p. 513):

São duas as espécies de prescrição. A primeira, impropriamente chamada de *prescrição da ação penal*, é, em realidade, prescrição da pretensão punitiva. Ocorre antes da sentença definitiva transitar em julgado e representa a

cessação do direito do Estado à persecução penal. A prescrição nesse caso faz desaparecer o direito de ação. A segunda espécie é a chamada *prescrição da condenação*, que em realidade é prescrição da pretensão executória, que surge após a sentença definitiva. Ela faz desaparecer o direito do Estado à execução da pena imposta. Atinge também o direito de punir, que cessa com o decurso do tempo.

Dito isso, percebe-se que prescrição na esfera penal possui o mesmo funcionamento que no âmbito cível, ou seja, atinge a possibilidade de *exigência*<sup>31</sup>. Assim, se a preocupação deste capítulo centra-se na pesquisa acerca dos fundamentos da prescrição jurídica, imprescindível a preocupação com a prescrição penal; muito embora, por razões óbvias, os fundamentos das prescrições penais são diversos que no âmbito privado.

Na esfera do Direito Penal, os doutrinadores alteram os fundamentos conforme seu posicionamento em relação à teoria da pena<sup>32</sup>. Os adeptos da teoria da prevenção geral, como, por exemplo, Feuerbach (citado lição de Zaffaroni e Pierangeli – 2004, p. 117), acreditam que a pena possui uma função simbólica no meio social, ao passo que demonstra para a sociedade o mal que recebe o apenado, visando agir psicologicamente e impedir novas praticas tidas por criminosas. Aos sequazes dessa corrente, o fundamento da prescrição penal seria a perda da função da condenação e da aplicação da pena, uma vez que o tempo fez apagar da memória da sociedade a realização do crime, bem como o desejo de vingança.

<sup>31</sup> Todavia, o mesmo erro cometido pelos civilistas foi praticado pelos penalistas, eis que imputaram à prescrição natureza processual. Até mesmo Fragoso (2004), que destacou que o objeto da prescrição é a pretensão (seja punitiva ou executória) diz ter o instituto natureza processual: “Em boa verdade, o aspecto processual da prescrição é o mais nítido, sobretudo quando se trata da prescrição da pretensão punitiva” (FRAGOSO, 2004, p. 514).

<sup>32</sup> Cf Zaffaroni e Pierangeli (2004, p. 117): “As ‘teorias da pena’ costumam ser classificadas em *absolutas*, *relativas* e *mistas*.

a) São chamadas *teorias absolutas* as que sustentam que a pena encontra em si mesma a sua justificativação, sem que possa ser considerada um meio para fins ulteriores. Tais são as sustentadas por Kant e Hegel. [...] Na atualidade são teorias que não possuem adeptos.

b) As *teorias relativas* desenvolveram-se em oposição às teorias absolutas, concedendo-se a pena como um meio para a obtenção de ulteriores objetivos. Essas teorias são as que se subdividem em teorias relativas da *prevenção geral* e da *prevenção especial* [...]: na prevenção geral a pena surte efeito sobre os membros da comunidade jurídica que não delinquiram, enquanto na prevenção especial age sobre o apenado.

Dentro da prevenção geral, cabe citar a antiga teoria da intimidação, uma versão um pouco mais moderada, que foi a teoria da ‘coação psicológica’, sustentada por Feuerbach. Para esta teoria, a pena é uma ameaça que deve ter a suficiente entidade para configurar uma coação psicológica capaz de afastar do delito todos os possíveis autores. [...]

A prevenção especial foi sustentada por Röeder [...] e os positivistas [...].

c) As *teorias mistas* quase sempre partem das teorias absolutas, e tratam de cobrir suas falhas acudindo a teorias relativas. São as mais usualmente difundidas na atualidade e, por um lado, pensam que a retribuição é impraticável em todas as suas consequências e, de outro, não se animam a aderir à prevenção especial. Uma de suas manifestações é o lema seguido pela jurisprudência alemã: ‘prevenção geral mediante retribuição justa’”.

Por fim, os doutrinadores seguidores da teoria da prevenção especial asseveram que a única preocupação da pena seria agir no condenado, buscando sua ressocialização. A partir daí, a demora para o julgamento do fato, bem como a aplicação de penalidade imposta, tornaria inócua sua aplicação. Este é o posicionamento de Eugênio R. Zaffaroni e José H. Pierangeli (2004, p. 714):

Na nossa maneira de ver - e de conformidade com a teoria da prevenção especial, pela qual nos inclinamos -, cremos que a razão fundamental da prescrição está em 'não ser o homem que está diante do tribunal aquele que praticou o delito' (Schultz), como também não é o mesmo homem condenado aquele que está frente ao órgão de execução. *Se a ressocialização se produz por si só, sem a intervenção da coerção penal, o cárcere fica sem sentido.*

Porém, a maioria dos juristas reúne tanto a ineficácia da prevenção geral e da especial para justificar a prescrição. Como, por exemplo, assevera Giuseppe Bettiol (1966, p. 199) que “para justificar o instituto, recorreu-se a presunções; não será excelente a tal propósito não equivocar-se, porque mesmo recorrendo a presunções não é somente do ponto-de-vista individual ou do réu que nos devemos situar, mas do da coletividade do Estado”. Diz o jurista italiano que a prescrição presume não só a ressocialização do infrator à vida social, como também o sumiço da indignação da social ante o crime, fazendo com que, em tese, não seja necessário a repressão estatal.

Damásio E. de Jesus (2003), autor da obra *Prescrição penal*, que tem sido largamente utilizada para motivar as decisões dos tribunais brasileiros, também baseia o fundamento da prescrição com espeque nas duas teorias da pena. Afirma Damásio (2003, p. 19) que: “pelo transcurso do tempo, considera-se a inexistência do interesse estatal em apurar um fato ocorrido há muitos anos, ou de ser punido seu autor. A prevenção genérica e específica advindas da resposta penal, pelos passar dos anos, perdem sua eficácia”.

Esse entendimento (perda de eficácia da pena) baseado nas duas teorias foi largamente defendida pelo célebre penalista Aloysio de Carvalho Filho, autor do Tomo IV da obra *Comentários ao Código Penal* (arts. 102 a 120). Assevera Carvalho Filho que, “a presunção de desnecessidade da defesa social é, ao seu ver, o único fundamento sério da prescrição penal” (1979, p. 214). Fala o jurista que há uma “presunção natural” de que a pena não teria efeito sobre a sociedade, haja vista que é morta a lembrança após anos da ocorrência do crime e, por outro lado, presume-se que a pessoa está ressocializada tendo em vista que

vive normalmente no seio social sem cometer mais delitos. Além dessa razão, Aloysio Carvalho Filho (1979, p. 218) aponta outros fundamentos:

Não é este, todavia, o único fundamento que os autores apresentam para o instituto da prescrição penal. Outros existem, embora secundários, e são, em síntese, os seguintes: os remorsos que afligem o criminoso, na intranquilha expectativa da condenação, valendo, por isso, a prescrição como um sucedâneo da pena; a dificuldade de reunir, consumidas pelo tempo, as provas do crime; o desuso da sanção penal, por parte da sociedade; a presunção da emenda do delinqüente, pelo tempo transcorrido; a posse da impunidade.

Porém, para o jurista tais fundamentos são extremamente frágeis. Argumenta que não poderia o temor por uma condenação se igualar aos males da pena, assim como não se pode afirmar a existência do remorso e da inquietação do autor do crime. Também alega que o motivo do perecimento das provas é igualmente fraco. Diz que tal argumento não teria fundamento para a prescrição com prazos curtos, como também não se aplica a prescrição da pretensão punitiva. Em suas palavras: “Serviria, assim, o fundamento para uma espécie de prescrição, e não para outra, o que demonstra a sua improcedência” (CARVALHO FILHO, 1979, p. 220). Neste ponto, corrobora com o entendimento de Zaffaroni e Pierangeli (2004, p. 714) que afirmam tal fundamento “nada tem de útil para a prescrição da pena”. Por fim, afirma que colocar a prescrição como um instrumento da impunidade é estimular à criminalidade, assim, jamais deveria existir um “direito à impunidade”.

Além desses argumentos, Carvalho Filho (1979), em uma nota de rodapé, apresenta uma interessante explicação para a prescrição penal, elaborada por Renato Pais de Barros. Segundo este último, a prescrição traria “segurança dos negócios realizados com *terceiros* de boa-fé e na ignorância da vida pregressa do delinqüente, com ele houveram contratado” (BARROS *apud* CARVALHO FILHO, 1979, p. 223).

## **2.2 A diminuição dos prazos no âmbito civil**

Fenômeno interessante, contudo não digno de causar surpresa, foi a drástica diminuição dos prazos prescricionais com a promulgação Código Civil brasileiro, publicado em 2002, cuja vigência teve início em janeiro de 2003. Poder-se-ia dizer que foi, de certa



forma, esperado porque esta é uma tendência mundial: a redução dos prazos da prescrição no âmbito privado, como aponta Theodoro Júnior (2003). Porém, curioso ao passo que basta um superficial cotejo entre os dois códigos para se perceber que se tratou de alterações realmente significativas.

A redução dos prazos da prescrição, como dito, é uma tendência mundial, a qual o direito brasileiro vem acompanhando. O Código Civil de 1916 estabeleceu prazo geral da prescrição em trinta anos para as pretensões em envolviam direitos pessoais e 20, que envolviam direitos reais. Imperioso esclarecer que a prescrição trintenar, como leciona Câmara Leal (1982, p. 227), “foi introduzida pelo direito justinianeu e mantida pelos Códigos dos povos cultos, como o francês, o italiano, o alemão, o português”. Ou seja, por muito tempo entendeu-se por correto o prazo da prescrição ser fixado em 30 anos. A legislação brasileira, por sua vez, seguiu esta orientação, ao passo que fixou em 30 anos o prazo de prescrição das pretensões que envolvem direitos pessoais, e em 20 anos, as de direitos reais. E, foi até mesmo com base nessa perenidade e costumeira previsão dos códigos no prazo trintenar, que Pontes de Miranda (1974) tenha expressado que o legislador não tinha muito discricionariedade para fixar os prazos prescricionais.

Contudo, tal prazo veio sendo alvo de crítica pelos doutrinadores. Apontava Câmara Leal (1982, p. 228) em 1939 que “escritores modernos, como GUILLOUARD, e CARPENTER propugnam pela diminuição do prazo da prescrição ordinária das ações, achando que ele não deveria exceder de 15 ou 10 anos, ou, no máximo, de 20”. Logo após, a Lei 2.437 de 07/03/1955 trouxe significativa alteração no prazo geral da prescrição, alterando a redação do art. 177 do código civilista, que passou ser a seguinte: “*As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em 20 (vinte) anos, as reais em 10 (dez) anos, entre presentes, e entre ausentes em 15 (quinze) anos, contados da data em que poderiam ter sido propostas*”.

Tal modificação foi bem recebida pelos juristas. Em comentário à nova redação do art. 177 do CC/1916, lecionou R. Limongi França (1988, p. 207): “As imposições da vida moderna, onde os negócios não podem ficar à mercê de intermináveis delongas, levaram à diminuição da regra geral da prescrição. Aliás, o Código português, art. 535, já trazia como regra geral o prazo de vinte anos, havendo boa-fé”. Contudo, continuavam as críticas aos prazos do Código. Os livros foram atualizados, indicavam os novos prazos, porém a reprovação permaneceu. Exemplo disso foi o que fez o atualizador do *Tratado de direito privado* de Pontes de Miranda, Vilson Rodrigues Alves, que somente trocou os prazos,

contudo, manteve a íntegra da crítica, que, em verdade, era dirigida aos prazos antigos. Extraí-se da obra atualizada:

Seja como for, a crítica científica tem exprobrado, com razão, a rigidez excessiva de alguns prazos, que a história sugeriu, ou os legisladores adotaram, e o serem demasiadamente longos alguns outros. O prazo do vintênio, por exemplo, que é ordinário, segundo o art. 177, para as ações pessoais, tem sido apontado como destoante do ritmo rapidíssimo da vida de hoje (e.g., A. Von Tuhr, *Der Allgemeine Teil*, III, 509). Pode-se dizer o mesmo quanto à prescrição no quinquênio e no decênio do art. 177, fixadas para as ações reais. (MIRANDA, 2000, p. 331)<sup>33</sup>.

Porém, com a vinda do Código Civil então vigente, houve outras reduções nos prazos prescricionais. O dispositivo 205 do CC/02 que trata do prazo ordinário da prescrição tem a seguinte redação: “a prescrição ocorre em 10 (dez) anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”. Além da redução no prazo geral, foram dispostas outras reduções nos prazos específicos que geraram manifestas diminuições. Para exemplificar, as pretensões a ressarcimento decorrente de reparação civil, conforme o Código de 1916 era de 20 anos; atualmente é de 3 anos. Pretensões para haver prestações alimentares era de 5 anos; e agora é de 2 anos. Por outro lado, imperioso dizer que os prazos para prescrição de algumas pretensões aumentaram, como, v.g., a pretensão para pagamento de hospedagem que era de 6 meses e passou para um ano.

Importante destacar que, como fez nota Maria Helena Diniz (2005), não houve resistência por parte dos parlamentares quanto à redução para 10 anos do prazo geral da prescrição. Consoante aponta a autora, “o presente dispositivo [art. 205 do CC/02] não serviu de palco de qualquer alteração, seja por parte do Senado Federal, seja por parte da Câmara dos Deputados, no período final de tramitação do projeto” (DINIZ, 2005, p. 201). Ademais, tais reduções foram elogiadas pela doutrina em geral, como o fez Humberto Theodoro Júnior (2003, p. 308-309):

Países como a Alemanha e a França, que conservam Códigos antigos, nos quais a prescrição ordinária chega ao longo tempo de trinta anos, tiveram que recorrer a jurisprudência criativa para evitar os inconvenientes de prazos incompatíveis com as agilidades dos negócios do mundo atual. Ao invés de literalmente aplicar-se a prescrição ordinária tem-se dado preferência, na

<sup>33</sup> Na redação original, escrita por Pontes, o autor fazia uma crítica ao prazo de 30 e 20 anos da antiga disposição do art. 177 do CC/16. Na versão original (sem atualização), Pontes (1974, p. 281) dizia o seguinte: “O prazo trintenar, por exemplo, que é ordinário, segundo o art. 177, para as ações pessoais, tem sido apontado como destoante do ritmo rapidíssimo de vida de hoje (e.g., A. Von TUHR, *Der Allgemeine Teil*, III, 509). Pode-se dizer o mesmo quanto à prescrição vintenar e à decenal do art. 177, fixadas para as ações reais”.

prática, a buscar analogia com casos assemelhados um meio de aplicarem-se prazos menores. Com isso se tenta contornar a disposição codificada que se reconhece totalmente inadequada às necessidades do comércio jurídico moderno.

Reconhece-se na França que prazos como o do Código Napoleão não coadunam com o contexto econômico e social de nossa época, e que a tendência legislativa, no direito comparado, se manifesta pela redução do prazo de prescrição ordinário rumo ao limite de dez anos.

Projeto de reforma da prescrição na Alemanha adota o prazo de dez anos como aplicável à prescrição ordinária.

O moderníssimo Código de Quebec, editado no final do Século XX, fixou, também, em dez anos a prescrição geral, para as ações reais, e em apenas três anos para as pessoais (arts. 2.922 e 2.923)

Como se vê, andou bem o novo Código brasileiro na redução que fez operar no tempo prescritivo máximo.

Percebe-se que os doutrinadores são favoráveis à redução dos prazos prescricionais, e isso vem acontecendo, não só no Código Civil, mas também na legislação especial. O Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, apresenta prazos exíguos. A opinião que se encontra nas doutrinas é que de que, seguindo o direito comparado, os prazos devem ser minimizados para acompanhar o ritmo de vida hodierno, que, em razão da facilidade de comunicação e acesso a informações, não necessita a previsão de prazos extensos. Neste sentido, é a lição de Vilson Rodrigues Alves (2006, p. 331): “Devem-se tal redução a serem, os prazos mais longos, incompatíveis com o ritmo rapidíssimo da vida de hoje, em que os negócios não podem ficar sujeitos a intermináveis delongas”

Todavia, o que se percebe é um desinteresse da doutrina quanto à questão das reduções dos prazos, mais especificamente o motivo que levou o legislador a minorar os prazos. Existe, com efeito, inúmeros trabalhos que tratam acerca da redução dos prazos prescricionais. São vários artigos publicados na internet ou nas revistas jurídicas<sup>34</sup> que

<sup>34</sup> A título de exemplo, em pesquisa no site de busca da biblioteca do TJSC, perquirindo por artigos que tratem dos novos prazos do Código Civil vigente, encontram-se os seguintes: ORTOLAN, Guilherme Soares de Oliveira. *Prescrição: os prazos prescricionais e o direito intertemporal à luz do princípio constitucional da isonomia: interpretação do artigo 2.028 do novo código civil*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, Síntese v.27, jan. 2004, p. 93-99; EL HAJJAR, Samir. *Prescrição: os prazos reduzidos pelo novo código civil e a crise na aplicação da regra transitória de prescrição*. Porto Alegre, Síntese v.24, jul. 2003, p. 133-136; MACHADO, Jânio de Souza. *A redução dos prazos de prescrição e o novo código civil*. Revista do Foro, João Pessoa, Tribunal de Justiça da Paraíba v.110, jul. 2002, p. 29-46; MANSOR, Maria Ianessa Caldeira. *Os institutos da prescrição e decadência à luz do novo Código Civil e os problemas de transição dos novos prazos prescricionais*. Revista Forense, Rio de Janeiro, Forense v.374, jul. 2004, p. 453-463. Na internet (em pesquisa no site eletrônico [www.google.com](http://www.google.com), verifica-se que, em a busca por “novos prazos no Código Civil”, os primeiros textos que se apresentam são exclusivamente sobre a contagem dos prazos: *A contagem dos prazos reduzidos pelo novo Código Civil*: [http://www.mp.rs.gov.br/areas/civel/arquivoscontagem\\_dos\\_prazos\\_reduzidos\\_pelo\\_ncc.doc](http://www.mp.rs.gov.br/areas/civel/arquivoscontagem_dos_prazos_reduzidos_pelo_ncc.doc); *Prescrição no novo Código Civil. Alguns apontamentos de direito intertemporal. Análise do art. 2.028 da nova lei*: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9423>; *Desmistificando a*

abordam a matéria. No entanto, quase a totalidade somente se preocupa com o cálculo no período de transição, ou melhor, com o direito intertemporal. Porém, poucos questionam, e os que o fazem, abordam de forma muito tímida, os fundamentos que levaram o legislador a minorar significativamente os prazos do instituto. Ou seja, houve uma maciça adesão aos prazos determinados pelo código vigente sem questionamento se eles realmente condiziam com os fundamentos e expectativas do instituto jurídico. A preocupação, desta forma, foi em se adaptar, sem contestar, ou exteriorizar curiosidade frente aos prazos “extremamente encurtados”.

São poucos que comentam acerca dos motivos da diminuição dos prazos. Percebe-se que os doutrinadores, como os já citados, elogiam a mudança e fundamentam que os negócios atualmente não podem esperar pelos longos prazos que eram fixados outrora. Contudo, os motivos são externados timidamente e sem aprofundamento, e até mesmo sem reflexão. Vale lembrar o que fez Vilson Rodrigues Alves (MIRANDA, 2000) que atualizou o *Tratado de direito privado* de Pontes de Miranda. Ou seja, parece que, muitas vezes, é uma crítica pela crítica, e que não importa o quanto os prazos diminuam, os doutrinadores somente vão alterar os termos nos seus manuais e continuarão com o mesmo discurso.

Vale dizer que a Exposição de Motivos do Código Civil Brasileiro (CC/02) não trouxe qualquer nota acerca das alterações nos prazos de prescrição. O legislador do *Codex*, Miguel Reale, em vários artigos e livros que escreveu abordando as inovações da atual legislação, também não faz qualquer tipo de esclarecimento. Destarte, restou para a doutrina explicar a mudança, que tentou buscar no direito estrangeiro alguma explicação – mas que, no fundo, não a fez.

### **2.3 A oscilação dos prazos no âmbito penal**

Diferentemente do âmbito civil, não se percebe no direito penal uma trajetória linear de diminuição dos prazos e nem sequer de aumento, mas sim uma oscilação. Isso acontece devido a particularidades do direito penal em relação aos demais ramos do direito. Em primeiro lugar, oportuno abrir um parêntese para ressaltar que o direito penal é um ramo

de direito público, e bem por isso se verifica uma intervenção direta do Estado. Não obstante, tal fato não implica afirmar, consoante doutrina de Zaffaroni e Pierangeli (2004, p. 87), a qual aqui se afilia, que o delito atingiria um direito subjetivo estatal, como muito se afirma, mas está ligado aos bens jurídicos por ele tutelados. Ou seja, não existe um direito subjetivo do Estado, um *jus puniendi*, em primeiro plano; sendo que a principal função do direito penal é tutelar bens considerados fundamentais, que pode ser um direito subjetivo estatal nos casos dos crimes contra o Estado.

A par dessa consideração, há que se observar que o rol dos bens tutelados pelo direito penal, bem como o grau de importância, os tipos penais e a correspondente sanção (conseqüentemente o prazo da prescrição) estão extremamente ligados com o modo de Estado e sua ideologia. Ou seja, uma conduta não é ontologicamente delituosa, mas sim uma imposição a partir de uma ideologia construída. Como expõe Zaffaroni e Pierangeli, (2004, p. 63) toda ciência é uma ideologia, uma determinação do saber através do poder. Essa consideração, ressalta-se, também serve para outros ramos do direito, como o direito civil, por exemplo; todavia, é no direito penal que ela sempre se revelou mais evidente. Para os autores, (2004, p. 99) o que diferencia o direito penal dos outros ramos do direito é a descontinuidade em decorrência de sua função, que visa prevenir e reparar. Explica Zaffaroni e Pierangeli (2004, p. 99) que o direito penal:

Não é um sistema contínuo – como o direito civil, por exemplo -, e sim um sistema descontínuo, alimentado somente por aquelas condutas antijurídicas em que a segurança jurídica parece não satisfazer-se com a prevenção e reparação ordinária, posto que, em caso contrário, as condutas antijurídicas permaneceriam reservadas a cada um dos restantes âmbitos específicos do direito [...].

Ou seja, o que se entende é que, tendo em vista que o direito penal irá tutelar condutas tidas por essenciais para determinado Estado, as quais devem ser reprimidas com afínco para se alcançar a “paz social”, e que a determinação de tais condutas é imposta por meio de uma ideologia dominante, isso explicaria a descontinuidade do direito penal, bem como a oscilação dos prazos prescricionais, e até mesmo da impossibilidade de prescrição.

Isso explica a determinação do Código Penal da União Soviética em 1926 que deixava ao arbítrio dos Tribunais para que pudessem negar a prescrição quando se trata de crimes contra a Revolução (1917). Também se destaca que o Código da Itália de 1930 tinha

por principal objetivo a defesa do Estado fascista, razão pela qual os crimes mais graves e mais severamente punidos (inclusive com pena de morte e estrangulo) eram aqueles que atentavam contra o Estado italiano, sendo tais pretensões imprescritíveis. E, sob esta mesma lógica, vários países determinaram a imprescritibilidade de diversos delitos, principalmente àqueles ligados ao racismo, tendo por influência os acontecimentos da Segunda Guerra Mundial. Ensina, ainda, Carvalho Filho (1979, p. 236).:

Também motivações políticas, servindo a objetivos opostos, porquanto de governos totalitários e de governos democráticos, renovam nos nossos dias, para uma viva notoriedade, o tema da não prescrição em determinados crimes. Tudo, a bem dizer, começou quando as nações européias vítimas do hitlerismo na última grande guerra pressentiam que, pelas suas leis nacionais, numerosos delitos nazistas acabariam impunidos, graças ao efeito miraculoso da prescrição.

No Brasil, por exemplo, o Código Criminal de 1830 promulgado no período imperial vedava a prescrição da pena (ou melhor, pretensão executória). Apoiando-se no positivismo de Garofalo, segundo o qual a prescrição não poderia beneficiar criminosos, restou previsto no art. 65 do referido Código que: “*As penas impostas aos réus não prescreverão em tempo algum*”. Com a República, sobreveio o Decreto 774 de 1890, que instituiu a prescrição da pretensão da execução da pena. Tal legislação, por sua vez, foi inspirada no Código Penal Francês de 1791, que foi a primeira legislação da história a instituiu a prescrição da pretensão executória, iniciativa esta inspirada nos ideais da Revolução (1789) e possível com o nascimento do Estado liberal. (CARVALHO FILHO, 1979)

A prescrição da pretensão punitiva, por sua vez, foi instituída no Brasil pelo Código de Processo Penal de 1832. Porém, a contagem da prescrição dependia da presença do acusado. Como explica Aloysio de Carvalho Filho (1979, p. 229), “a circunstância da presença ou ausência do criminoso, influía decididamente para a fixação do prazo prescricional, e, mesmo, para o reconhecimento da prescrição”. A lógica dessa imposição, segundo Lima Drumond citado por Aloysio de Carvalho Filho (1979) era de que a prescrição somente deveria ser reconhecida quando houvesse a negligência estatal, ao passo que o foragido não poderia se beneficiar com o instituto.

Tal imposição permaneceu nas seguintes normas que regularam a prescrição, Lei n.º 261, de 1841 e Reg. n.º 120 de 1842. Cumpre dizer que a Lei n.º 261 veio modificar

alguns institutos no direito penal e processo penal, entre eles a prescrição. Oportuno é o comentário de Carvalho Filho acerca dela. Explica ele que:

O partido conservador realizava no poder, o que prometia, em tantos anos de ostracismo político: entravar as nossas tendências liberais, que lhe pareciam exageradas e perigosas, e de que o Código processual de 1832 fora, a seu ver, pernicioso modelo. Explica-se, desse modo, a elevação para 20 anos do máximo do prazo da prescrição, que era, no Código anterior, de dez anos. Permanecem as hipóteses de crimes imprescritíveis; continua o requisito da presença do delinqüente para o reconhecimento da prescrição. (CARVALHO FILHO, 1979, p. 231).

Ou seja, ela trouxe maior obstáculo para a prescrição da pretensão punitiva. Segundo art. 32 e 33 da Lei n.º 261, o prazo passou a ser de 20 anos para casos de crimes afiançáveis, quando o réu estivesse no exterior ou em lugar não sabido no Brasil; e nos casos de crimes inafiançáveis quando o réu estivesse em local sabido. Porém, quando se trata de crimes inafiançáveis e o réu se encontrava em local não sabido, seja dentro ou fora do Brasil, a pretensão era imprescritível.

O Regimento nº 120, por sua vez, trouxe uma redução de alguns prazos prescricionais. Para crimes afiançáveis, nos casos em que o acusado estivesse ausente do Brasil ou dentro do país, mas em local não sabido, o prazo prescricional passou a ser de 10 anos, e de 6 anos quando o acusado estivesse dentro do país e em lugar conhecido. E quando se tratava de crimes inafiançáveis, no caso de presença ininterrupta, o prazo era de 10 anos. Sendo que seria de 20 anos o prazo para ausentes mas em lugar sabido, e para o acusado estivesse em local desconhecido, a prescrição não corria. Assim, o regimento trouxe de volta alguns prazos fixados pelo Código de Processo Penal de 1832, como o prazo de 6 anos para crimes afiançáveis e 10 anos para inafiançáveis, ambos impondo a presença do acusado.

Após, adveio o Decreto n.º 774 de 1890, que ainda condicionava o prazo da prescrição de acordo com a presença ou não do acusado no país, contudo, passou ser indiferente se o acusado se encontrava em lugar sabido ou não sabido. Questão importante é que o Decreto elevou para 30 anos o prazo máximo da prescrição.

Logo após foi promulgado o Código Penal de 1890 que, como já dito, admitiu a prescrição da pretensão executiva, além da punitiva, e as subordinou aos mesmos prazos, fixando, ainda, o prazo máximo da prescrição em 20 anos. Os prazos só vieram a ser posteriormente alterados pelo Decreto nº 4.780 de 1923, que manteve os prazos mínimos e

máximos fixados pelo Código, mas alterou outros prazos. Posteriormente, surgiram vários projetos, e como alerta Aloysio de Carvalho Filho (1979, p. 234), “oferecem pontos de vista diversos, regulando a prescrição, quer quanto às suas regras, quer quanto aos seus prazos, refletindo, assim, critérios pessoais de seus autores”.

A solução adotada no Código de 1940 foi de vincular o tempo da prescrição de acordo com a pena, seja ela em abstrato que irá regular a prescrição punitiva antes da sentença transitada em julgado, ou então a fixada na sentença para a prescrição da pretensão punitiva retroativa e superveniente e da prescrição da pretensão executória. A última mudança do Código Penal foi trazida pela Lei 7.209/1984, que alterou vários dispositivos do Código, entre eles, o art. 109 que dispõe acerca dos prazos prescricionais. A redação do dispositivo ficou assim:

Art. 109 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano.

Por fim, a última regulamentação da prescrição foi a previsão de casos de imprescritibilidade previstos na Constituição Federal de 1988. Prevê o art. 5º que: “*a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei*” (inciso XLII), bem como, “*constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático*” (inciso XLIV). Importante destacar que a Constituição de 1988 foi a primeira Carta Maior no Brasil a tratar acerca de prescrição. Todas as outras deixaram para que a matéria fosse regulada por normas infraconstitucionais.

A razão disso já foi exposto, após os acontecimentos da Segunda Guerra Mundial (aqui se inclui o fascismo, nazismo, stalinismo) e a preocupação mundial com os direitos humanos, vários países passaram a elencar nas respectivas Constituições a



imprescritibilidade da punição e execução de determinados delitos. O Brasil, desse modo, seguiu essa tendência. (CARVALHO FILHO, 1979)

## 2.4 O fundamento místico de autoridade

Diante dessa conjuntura, a partir de uma breve análise de todos os fundamentos que os juristas apresentam para legitimar a prescrição e motivar sua necessidade na esfera jurídica, a conclusão preliminar a que se chega é que os doutrinadores não apresentaram qualquer fundamento teórico que possa realmente legitimá-la. Isso porque se percebe que os juristas, buscando essa legitimação, nada mais fizeram do que criar uma verdadeira *prateleira de fundamentos* para o instituto, que são escolhidos ao bel prazer, de acordo com a oportunidade e interesse, mas que, na mesma hora, podem ser substituídos por outros fundamentos. Destarte, poder-se-ia até mesmo brincar de criar novos fundamentos para a prescrição, bem como inventar novas razões para a redução ou o aumento dos prazos.

Um dos fundamentos, v.g., era de que o tempo faz perecer as provas - razão inclusive veemente defendida por Pontes de Miranda (1974). No entanto, atualmente há melhores tecnologias para armazenamento de dados, facilitando a prova documental e pericial, há uma maior expectativa de vida, o que se presume um maior lapso temporal para as testemunhas relatarem o ocorrido, e mesmo assim, os prazos da prescrição civil tendem a diminuir. Este é só um exemplo entre muitos da incoerência dos fundamentos apresentados pelos doutrinadores.

Todos os fundamentos são, de certa forma, frágeis, ao passo que na prática percebe-se que muitas vezes a prescrição revela um cenário totalmente contrário daquele descrito na razão que motivou sua necessidade. Às vezes, ao invés de harmonia social, dá causa a indignação. Dito isso, digno de elogio é a lição daqueles de aceitam que a prescrição tem sustentáculo em uma *presunção*, como o fez Bettiol (1976, P. 199), que admite que “para justificar o instituto, recorreu-se a presunções” A partir dessa consideração, de que a

prescrição fundamentada em presunções e suposições, poder-se-ia inferir que o instituto não passa de uma ficção, ou pelo menos é fundamentado em ficções<sup>35</sup>.

Consoante o conceito de direito de François Ost (2005), não só a prescrição deveria ser considerada uma ficção, mas todos os institutos jurídicos. Para ele “[...] mais do que proibições e sanções como se pensava anteriormente; ou cálculo e gestão como se crê muito frequentemente na atualidade, o direito é um discurso performativo, um tecido de ficções operatórias que redizem o sentido e o valor da vida em sociedade” (OST, 2005, p. 13). Jacques Derrida, por sua vez, na obra *Limited Inc.*, também, de forma muito breve, se reporta a questão do que ele denominou de “parasitas ficcionais”. Para ele, nem todos os institutos jurídicos, normas, etc., são ficções, e podem ser comparados com romances; todavia assevera que as convenções jurídicas são criações simbólicas que carregam consigo algo de ficcional. (DERRIDA, 1991, p.180)

Segundo o *Dicionário de filosofia* de José Ferrater Mora (2005, p. 1031)., “em latim o verbo *tingo* [*ingere*] significa ‘modelar’, ‘formar’, ‘representar’, e daí ‘preparar’, ‘imaginar’, ‘disfarçar’, ‘supor’ etc. As coisas podem ser arranjadas, modeladas, disfarçadas, e com isso se transformam em *ficta*”. O dicionário também apresenta importante ressalva de Vaihing, principal nome do *ficcismo*:

Segundo Vaihinger, não se deve interpretar o ficcionismo como uma doutrina que “permite tudo”, nenhuma construção conceitual é válida se não corresponde de algum modo a um “sistema natural”. Portanto, as ficções não são meros sonhos. Uma característica muito destacada das ficções é que, ao contrário das hipóteses, não precisam ser confirmadas ou refutadas pelos fatos. Isso porque “descrevem” os “fatos” sob a forma do “como se”, do *quasi* ou *sicut*. (MORA, 2005, p. 1032)

Ou seja, se por um lado a *ficções* não são sonhos, por outro, não necessitam de qualquer meio de comprovação. Elas se auto-legitimam, ao passo que, conforme filosofia de Vaihing (MORA, 2005), descrevem o *como se*. Trata-se, pois, de representações criadas pelo homem. Nesse sentido, há que se reconhecer que a prescrição é uma criação simbólica, ela é construída, modelada, assim como todas as ficções. Ela está além de qualquer comprovação

<sup>35</sup> Imperioso esclarecer que se diferencia *ficção* de *presunção*, pelo fato de ter essa última caráter jurídico, como faz Mora com base no ficcionismo de Vaihinger (2005, p. 1032): “A *praesumptio* tem um sentido predominantemente jurídico. A *fictio* é, de início, ‘produto da faculdade imaginária’ e se refere a distintas maneiras de invenção”. Contudo, quando Bentliol fala que os fundamentos da prescrição são presunções não está se referindo a presunções jurídicas, mas a presunções naturais. Não se olvida que há uma dedução para se chegar numa presunção natural, mas não deixa de ser uma invenção, haja vista que é uma mera hipótese.

ou refutação. Isso porque ela é decretada independente se vai acarretar harmonia social ou não, se as provas pereceram ou não, se o acusado está ressocializado e a sociedade conformada. Ela sempre se apresenta como um *como se*. Mas, como se viu, este *como se* pode ter vários fundamentos, contrários entre si e muitos deles incoerentes.

A prescrição, destarte, carrega consigo o que Derrida (2007), a partir dos ensinamentos de Montaigne, chamou de “fundamento místico” da autoridade das leis. Acredita-se, assim, que o único fundamento aceitável da prescrição é este fundamento místico. Vale transcrever a lição de Montaigne citada por Derrida (2007. p. 21): “Ora, as leis se mantêm em crédito, não porque elas são justas, mas porque são leis. É o fundamento místico de sua autoridade, ela não têm outro [...]. Quem a elas obedece porque são justas não lhes obedece justamente pelo que deve”.

Derrida (2007) explica que Montaigne considerava que no direito existiam ficções legítimas das quais se extraía a verdade da justiça. Ou seja, essas ficções eram responsáveis, segundo Montaigne, pela criação da justiça que dava suporte ao fundamento místico da autoridade das leis, que não eram cumpridas porque eram ontológica e racionalmente “justas”, mas porque eram “justas” a partir dessas ficções legítimas. O autor de *Os ensaios* faz a seguinte comparação:

[...] as mulheres usam dentes de marfim onde os naturais lhe faltam e, em vez de sua verdadeira tez, forjam outra de alguma maneira estranha ... embelezam-se com uma beleza falsa e emprestada: assim faz a ciência (e até mesmo nosso direito tem, ao que dizem, ficções legítimas sobre as quais ele funda a verdade de sua justiça). (MONTAIGNE *apud* DERRIDA, 2007, p. 22).

Nessa mesma perspectiva funciona a prescrição. Poder-se-ia dizer que todos os fundamentos elencados neste trabalho nada mais são que ficções legítimas, que fundamentam a ficção que é o instituto da prescrição. A prescrição é cumprida não porque ela é realmente justa a partir das razões criadas pelos juristas, mas porque ela detém um fundamento místico de autoridade de lei. Diante desse contexto, tendo em vista que não se encontra nas doutrinas qualquer fundamento teórico capaz de legitimar o instituto, passa-se, então, a análise da serventia da prescrição ao direito.

### 3 A LÓGICA DA PRESCRIÇÃO E A NECESSIDADE DO ESQUECIMENTO

#### 3.1 A anomia, o direito e a prescrição

Pode-se, a partir do que já foi exposto neste trabalho, tomar algumas considerações. A primeira delas é de que a prescrição é um instituto de direito material e, jamais, processual. O se que concluiu dos estudos da moderna teoria da ação, em especial com as pesquisas de Windscheid, foi que o conceito de *actio* equivaleria àquilo que o direito moderno compreende por pretensão, que nada mais é que o poder de exigência inerente a todo direito subjetivo, mas que muitas vezes se encontra em estado de latência. O jurista alemão diz ter extraído do direito romano o real significado da *actio*, que não tem qualquer correlação ao que hodiernamente conhecemos por “ação” judicial.

Sem dúvida, não se poderia dizer que a prescrição extingue o direito subjetivo material, como crêem os franceses e italianos. Não obstante, a ele está intrinsecamente ligado. A pretensão, nascida de uma violação de um direito subjetivo e, por isso, pode ser prescrita, é o que Ovídio Baptista da Silva chama de uma *nova potência*. Nova porque sucede outra, ou melhor, uma potência que só nasce quando pré-existe outra potência: a potência do direito subjetivo, que gera só dever e não obrigação; que implica no pedir e não no exigir. Diz o processualista: “Observe-se que a pretensão ainda é uma *potência*, uma mera potencialidade de que o direito subjetivo se reveste, não implicando a idéia de *exercício efetivo de pretensão*” (SILVA, 2006, p. 64). Daí tiram-se duas preliminares conclusões: a primeira delas é de que a pretensão é potência enquanto revestimento do direito subjetivo, dele depende; como também, sem ele, o direito subjetivo é fraco (é sempre pedido, nunca exigência). A segunda, óbvia, porém significativa, é a de que a pretensão é potência, e enquanto potência é autônoma do ato em si, consoante o pensamento aristotélico, reproduzido por Giorgio Agamben (2002, p. 52):

Contra os megáricos, que [...] afirmam que a potência só existe no ato (*energê mónon dýnasthai*), Aristóteles trata, contudo, de reafirmar sempre a existência autônoma da potência, o fato para ele evidente de que o tocador de cítara mantém intacta a sua potência de tocar mesmo quando não toca, e o arquiteto a sua potência de construir mesmo quando não constrói. O que ele propõe a pensar no livro *Theta* da *Metafísica* não é, em outras palavras, a

potência como mera possibilidade lógica, mas os modos efetivos de sua existência. Por isso, para que, digamos, a potência não avença a cada vez imediatamente no ato, mas tenha uma consistência própria, é preciso que ela possa até mesmo *não* passar ao ato, que seja constitutivamente *potência de não* (fazer ou ser, ou, como Aristóteles diz, que ela seja também impotência).

Nesta perspectiva, a pretensão existe independente da ação. Ela se caracteriza, aliás, na possibilidade de se poder *não fazer*. Assim como Pontes de Miranda (1998) diz que o direito subjetivo contém a faculdade, mas não é a faculdade em si, a pretensão, enquanto potência, contém a faculdade de ser impotente. Imperioso notar, desse modo, que é a pretensão, ao mesmo tempo que é dependente do direito subjetivo que reveste, é independente de qualquer forma de agir, e até mesmo da “ação” de direito processual. Trata-se, pois, vale sublinhar, de um instituto de direito material, e não processual, e nem sequer outros meios de efetiva exigência/ação (fala-se aqui dos métodos alternativos de solução de conflitos: arbitragem, conciliação, mediação, que nada mais são caminhos para a satisfação da pretensão fora do âmbito da jurisdição).

Essa primeira consideração, a princípio anódina, revela o verdadeiro sentido do instituto: a demarcação do *tempo jurídico*. Não do tempo do processo, não do tempo para ajuizar uma “ação” processual, mas o tempo de exigir uma prestação. Após a prescrição da pretensão só resta ao titular do direito subjetivo se calar e esquecer. Dela emerge a aporia da prescrição, qual seja, a possibilidade de abertura de um caminho de exigência (“ação” processual) para que seja declarado que nada mais se pode exigir.

Oportuna ao que se quer aqui concluir é a dicotomia entre normas jurídicas do direito material e do direito processual extraída da obra *Teoria geral do processo* de Cintra, Grinover e Dinamarco (2005, p. 42):

E chama-se *direito processual* o complexo de normas e princípios que regem tal método de trabalho, ou seja, o exercício conjugado da jurisdição pelo Estado-juiz, da ação pelo demandante e da defesa pelo demandado.  
*Direito material* é o corpo de normas que disciplinam as relações jurídicas referente a bens e utilidades da vida (direito civil, penal, administrativo, comercial, tributário, trabalhista etc.).

O que disso se infere é que as normas que determinam a prescrição são normas que regulam a vida e não o processo. Então, poder-se-ia dizer que a prescrição demarca um *tempo jurídico-social*. As normas processuais, como se sabe, não visam regular a vida social,

mas tão somente racionalizar o processo para se chegar a uma resolução de um conflito (ou, às vezes, nem sequer há o conflito – como nos casos de jurisdição voluntária). Não se quer aqui dizer que o tempo processual não seja um tempo jurídico, mas, que o ordenamento jurídico regulador da vida social, é, na expressão de Ost (2005), *temporalizado* pela prescrição, tendo em vista que a pretensão, enquanto potência de se realizar (ou de não se realizar), só permanece viva durante o prazo prescricional. Ela é, pois, a institucionalização do fim, porém, não do fim do processo, mas do fim da discussão. A partir daí ela temporaliza um tempo social-jurídico.

Dito isso, parte-se para uma segunda consideração, construída no segundo capítulo deste trabalho, a de os fundamentos teóricos apresentados para o instituto são infundados, ou melhor, inaplicáveis, eis que todas as razões elencadas ao longo da história pelos juristas nada mais são que discursos vazios, tendenciosos e frágeis. Em todos os ramos do direito, os fundamentos apontados para legitimar a prescrição são muitos, porém não passam de criações, pois na prática se evidencia um cenário provocado pela prescrição contrário ao fundamento que a legitimou.

Nessa conjuntura, verifica-se que a prescrição é uma ficção, haja vista que é sempre baseada em um *como se*, pois o instituto se materializa independentemente dos fundamentos criados. Ela acontece de maneira independente do perecimento das provas, da consolidação de uma nova situação construída a partir da violação do direito, da inércia do titular, da ressocialização do acusado ou apenado. Ela é, pois, independente de todas as razões que a ela se vincula. Ela tão somente se legitima no que Montaigne (2007, p. 21) denominou de *fundamento místico de autoridade*. Ou seja, ela é cumprida por que está prevista em lei, mas não porque estão presentes as razões do instituto, que nada mais são que previsões.

A partir dessas considerações - a de que a prescrição é uma limitação da discussão e de que até agora não foi possível a construção de um fundamento que a legitime - pergunta-se, afinal, qual seria a necessidade do instituto e qual seu verdadeiro fundamento. Cumpre esclarecer que quando se refere a *fundamento*, está aqui se referindo à razão, ou seja, qual a sua necessidade. Qual seria, portanto, a serventia e o porquê dessa ficção jurídica que limita, institui um íterim para a sobrevida dos efeitos de um fato jurídico.

O que se conclui aqui é que a razão da prescrição pode ser deduzida da lógica do direito, do seu funcionamento, eis que o direito não é sempre contínuo, não é total e não

abrange todos os momentos. O direito convive com a anomia e, pode-se afirmar, é de certa forma dependente dela. Contudo, é importante destacar que o âmbito da anomia é sempre uma esfera não-jurídica, sendo assim, nunca se pode beber dela para fundamentar uma decisão judicial. Na obra *Estado de Exceção*, Giorgio Agamben (2004) destaca a existência de certas festas folclóricas que existem ao longo da história (entre nós, a mais evidente é o carnaval), as quais desnudam o drama do direito que tem de abrir espaço para período de sua ausência:

“Há muito tempo, folcloristas e antropólogos estão familiarizados com aquelas festas periódicas – como as Antestérias e as Saturnais do mundo clássico e o *charivari* e o carnaval do mundo medieval e moderno – caracterizadas por permissibilidade desenfreada e pela suspensão e quebra das hierarquias jurídicas e sociais. Durante essas festas, que são encontradas com características semelhantes em épocas e culturas distintas, os homens se fantasiam e se comportam como animais, os senhores servem os escravos, homens e mulheres trocam seus papéis e comportamentos delituosos são considerados lícitos ou, em todo caso, não passíveis de punição. Elas inauguram, portanto, um período de anomia que interrompe e, temporariamente, subverte, a ordem social. Desde sempre, os estudiosos tiveram dificuldade para explicar essas repentinas explosões anômicas no interior das sociedades bem organizadas e, principalmente, a tolerância das autoridades religiosas e civis em relação a elas” (AGAMBEN, 2004, p. 108-109).

No carnaval é possível tirar a roupa sem cometer ato obsceno (art. 233, do Código Penal). Os homens se vestem com roupas femininas sem serem ridicularizados. Trata-se, como escreve Ost (2005), de uma *pausa do não-direito*. Para Ost (2005) deve-se considerar a existência desses parênteses da continuidade jurídica, ou então, períodos de sua diminuição. Dito de outro modo, “contra a imagem dogmática da continuidade e da regra [...], é preciso admitir, de fato, eclipses da juridicidade, das baixas da pressão jurídica – administrando pausas de não-direito ou de menos direito” (OST, 2005, p. 154).

Ost (2005) encontra até mesmo na diferença entre a noite e o dia, uma diminuição da atuação do direito, ao passo que a noite, a princípio, vários atos não podem ser praticados, como cumprimento de mandado de penhora, prisão, entre outros. Porém, esclarece que, além dessa periodicidade entre o dia e a noite, a continuidade do tempo faz aparecer períodos que maior e de menos incidência jurídica.

A prescrição, neste contexto, é prova do enfraquecimento do direito ao longo do tempo. Ela é uma determinação de inércia, de que as coisas devem continuar como estão e de que o conflito deve ser esquecido, ou seja, é um reconhecimento de que o direito não tem

força para atuar perenemente. O instituto, desta forma, desnuda a fragilidade do direito e sua impossibilidade de ser eterno. Com a prescrição, como se viu, não ocorre o cerceamento do cidadão peticionar ao judiciário, e nem seu direito de “ação” processual, mas atinge o cerne do direito subjetivo, seu potencial de exigência. Ela delimita um lapso temporal – uma “temporalização” da efetividade jurídica. A necessidade do esquecimento, e conseqüentemente, a abertura para a anomia, seria, pois, o fundamento da prescrição

Com base nos estudos de François Ost e Jacques Derrida - que trabalharam de forma direta ou indireta o instituto da prescrição - bem como a partir de críticas que se pode construir articulando o pensamento desses dois autores, é que se poderá demonstrar essa ilação.

### **3.2 A “temporalização” do direito: a prescrição como meio ficcional para construção do tempo jurídico social**

Na obra *O tempo do direito*, Ost encontra na prescrição um mecanismo do direito para *temporalizar* o tempo jurídico, e conseqüentemente, instituir o social. Para melhor entender qual a lógica da prescrição para o filósofo francês, imperioso, em lacônica síntese, esclarecer a tese exposta em seu trabalho, ou melhor, as três teses que se articulam para explicar a lógica do tempo e do direito.

A primeira delas é que o tempo é uma construção histórico-social. Para Ost (2005), a forma de se *medir* o tempo não é através dos fenômenos físicos e nem por meio de percepção subjetiva, mas sim o que ele denomina de *tempo sócio-histórico*. Muito embora, o autor francês não recusa a possibilidade dessas outras formas de apreensão do tempo; ao passo que, por um lado, admite que o tempo físico, o ritmo do relógio e os fenômenos naturais (dia e noite, estações do ano) são demonstrações inegáveis da passagem e contabilização temporal; bem como, também não ignora que a percepção do tempo é subjetiva. Contudo, para ele, a mais perfeita medida de materialização do tempo é a experiência cultural. Em suas palavras, assevera que:

[...] o tempo é uma instituição social, antes de ser um fenômeno físico e uma experiência psíquica. Sem dúvida ela representa uma realidade objetiva ilustrada pelo curso das estrelas, a sucessão do dia e da noite, ou o envelhecimento do ser vivo. Do mesmo modo, ele depende da experiência



mais íntima da consciência individual, que pode vivenciar um minuto do relógio, ora como duração interminável, ora como instante fulgurante. Mas quer o apreendamos sob sua face objetiva ou subjetiva, o tempo é, inicialmente, e antes de tudo, uma construção social –, e logo, um desafio de poder, uma exigência ética e um objeto jurídico. (OST, 2005, p. 12).

Inferir Ost (2005) que o homem se utiliza de fenômenos físicos como forma de medida do tempo. Porém, tais fatos naturais são articulados culturalmente pelo homem, e podem ser perfeitamente manipulados, bem como adaptados conforme as necessidades sociais. Explica que “a história dos calendários e dos instrumentos de medida do tempo é exemplar em relação a isso, traduz o emaranhado permanente dos dados naturais e de elaborações culturais. O que é, na verdade, um calendário, senão um sistema de medida do tempo articulado” (OST, 2005, p. 23). O calendário, diz ele, da mesma forma que se vale de fenômenos naturais, também é uma construção cultural e pode ser facilmente modificado pelo homem. Ost (2005) cita exemplo dos pontífices romanos que encurtavam e alongavam os meses de acordo com a necessidade de receber impostos.

Assim como os calendários, exemplifica Ost (2005), os relógios também são *medidores do tempo* construídos culturalmente de acordo com as necessidades sociais de cada momento. Explica que o relógio que conhecemos atualmente, com divisores de horas, minutos e segundos, nem sempre teve esta configuração, porquanto, na idade média, sequer tinha divisão das horas, pois bastava que a igreja tocasse os sinos para dar aviso aos fieis do momento da oração. Mais tarde, os mercadores viram a necessidade da marcação das horas, e depois dos minutos e segundos. (OST, 2005)

A partir dessas considerações, sendo o tempo não pode ser “medido” através do tempo físico, supostamente dado e homogêneo, eis que facilmente manipulado, da mesma forma não pode ser medido pela experiência subjetiva, porquanto somente teremos medidas de tempos individuais, Ost chega à conclusão que de que o tempo é “sócio-histórico”, que é sempre uma articulação cultural. Diz ele que: “Um tal tempo sócio-histórico não é uma coisa externa, substantivo do qual restaria declinar os predicados: é antes, uma operação sempre em curso de elaboração – daí a utilização do verbo ‘temporalizar’ para dar conta dele” (OST, 2005, p. 23).

Em outras palavras, para o filósofo belga, o tempo não é algo externo, mas sim é construído<sup>36</sup>. Como, cita o autor, a intervenção do feiticeiro da aldeia africana, ao escrever o retorno das chuvas no ciclo das estações, os astrônomos do papa Gregório que suprimiram onze dias do calendário em 1582, os faraós do Egito e os imperadores da China que proclamam um novo tempo na sua entronização, bem como o dono do grupo de relógios Swath que instituiu na sede da Suíça uma marca simbolizando o “novo meridiano” que delimita o “tempo internet” (OST, 2005, p. 12-13).

A segunda tese, por sua vez, como bem expõe o autor, fica subentendida em seu trabalho. Nela, Ost (2005, p. 13) trabalha seu conceito de direito:

Ela afirma que a função principal do jurídico é construir para a instituição do social: mais que proibições e sanções que se pensava anteriormente; ou cálculo e gestão como se crê muito frequentemente na atualidade, o direito é um discurso performativo, um tecido de ficções operatórias que redizem o sentido da vida em sociedade. Instituir significa, aqui, atar o laço social e oferecer aos indivíduos as marcas necessárias para sua identidade e sua autonomia.

Com base nessas duas conclusões, Ost chega à terceira tese, que é central em seu trabalho: a de que existe uma elo de dependência entre tempo e direito. “Mais precisamente: o direito afeta diretamente a temporalização do tempo, ao passo que, em troca, o tempo determina a força instituinte do direito. Ainda mais precisamente: o direito temporaliza, ao passo que o tempo institui” (OST, 2005, p. 13). Existe, segundo o autor, entre tempo e direito um entrelaçamento que revela uma relação dialética de dependência mútua, porquanto as duas categorias sempre trabalham juntas. Para melhor explicar, imperioso reproduzir a tese exposta pelo autor (OST, 2005, p. 14):

O tempo não permanece exterior à matéria jurídica, como um simples quadro cronológico em cujo seio desenrolaria sua ação; do mesmo modo, o direito não se limita a impor ao calendário alguns prazos normativos, deixando para o restante que o tempo desenrole seu fio. Antes, é muito mais

---

<sup>36</sup> Corroborando com a tese de Ost, poder-se-ia vislumbrar, entre nós, exemplo evidente da manipulação do tempo físico: o “horário de verão”, costumeiramente adotado em vários países para aproveitar melhor a luz solar e reduzir o consumo de energia elétrica. Tal articulação do tempo já teria sido sugerida por Benjamin Franklin em 1784, antes mesmo do surgimento da eletricidade. Mais tarde a idéia foi lançada por William Willer da Sociedade Astronômica Real da Inglaterra. Contudo, o primeiro país a implantá-lo foi a Alemanha durante a Primeira Guerra Mundial. Em várias regiões do Brasil, no terceiro domingo do mês de outubro, os relógios devem ser adiantados em uma hora, e no terceiro domingo do mês de fevereiro, atrasados em uma hora. (Informações extraídas do site da Wikipédia: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Hora\\_de\\_Ver%C3%A3o](http://pt.wikipedia.org/wiki/Hora_de_Ver%C3%A3o). Disponível em 02/02/2009)

desde o interior que o direito e tempo trabalham mutuamente. Contra a visão positivista que não fez mais que exteriorizar o tempo, nós mostraremos que não é possível “dizer o direito” senão “dando o tempo”; longe de se voltar à medida formal de seu desenrolar cronológico, o tempo é um dos maiores desafios da capacidade instituinte do direito.

Ou seja, Ost (2005) toma por conceito de tempo, o *tempo histórico-social* construído culturalmente pelas normas jurídicas; e por direito, um discurso ficcional que visa regular a vida em sociedade, instituindo marcas de identidade social e, conseqüentemente, um tempo neguentrópico.

Daí que, para o autor, a construção do *tempo social* é sempre uma instituição jurídica, enquanto que a formação do direito necessita constantemente da força do tempo, estabelecendo um elo dialético que envolve ruptura e ligação. Ruptura porque é necessário desligar o passado para dar lugar para a construção do futuro, bem como desligar do futuro para possibilitar a revisão do passado. Ligação porque é imprescindível ligar o passado para garantir a fundação do futuro, assim como ligar o futuro para permitir sua orientação. A partir dessa lógica, que visa ligar e desligar o tempo, Ost apresenta quatro categorias, que são, para ele, ao mesmo tempo jurídicas e temporais, e visam à instituição (temporalização) de um *tempo justo*. Como se pode, então, inferir que o *tempo social* de Ost é também um *tempo jurídico*, instituído pelas normas jurídicas.

A construção de um *tempo justo*, capaz de ligar e desligar o tempo, ou melhor, ligar e desligar o passado, ligar e desligar o futuro, somente é possível, segundo a tese de Ost, ante a articulação de quatro categorias, que são, ao mesmo momento, jurídicas e temporais - são elas: memória, perdão, promessa e questionamento. A memória liga o passado, o perdão desliga o passado, a promessa liga o futuro, o questionamento desliga o futuro. Em outras palavras, para o autor, a instituição dessa “justa medida temporal” procurada se preserva tanto de um tempo petrificado, que não abre nenhuma possibilidade de mudança, quanto de um tempo exageradamente móvel, que não permite nem lugar para a continuidade” (OST, 2005, p. 38).

A categoria de Ost que interessa a este trabalho é o *perdão*: a forma de desligar o passado. Cumpre esclarecer que o perdão, para ele, tem seu préstimo para a construção de um “tempo justo”, uma vez que torna a sociedade livre dos dogmas e fantasmas do passado, fazendo com que seja possível a construção do futuro. “Daí a necessidade da instituição do

perdão; de modo mais amplo, a necessidade de instituições jurídicas capazes de inovação”, diz Ost (2005, p. 40).

O que se percebe na obra de Ost (2005) é a não utilização da categoria perdão como identificação perfeita com o perdão religioso, apesar de também o considerar. Em outras palavras, para o filósofo, o perdão, enquanto categoria temporal e jurídica capaz de construir o tempo e instituir o direito, é representado por todas as ficções jurídicas hábeis a desligar o passado e possibilitar uma renovação. Aí se encontram desde a mudança na jurisprudência e o desuso até institutos como a anistia, o perdão judicial e a prescrição. Porém, tais ficções jurídicas, como se verá, não são representações de um “perdão puro”.

### 3.3 A prescrição, o esquecimento e o perdão

Não raro se faz relação da prescrição com o perdão divino, como se se tratasse de instituto teológico secularizado. Vale lembrar que em Roma, durante o principado de Augusto, a *Lex Julia de adulteriis* estabeleceu o prazo de 5 anos para os crimes de adultério, estupro e lenocínio. Tal prazo foi adotado por inspiração ao tempo das festas lustrais realizadas na Roma antiga, que consistiam em comemorações que simbolizavam a lavagem e purificação das culpas religiosas. Destarte, os romanos acreditavam numa identificação da prescrição com os banhos lustrais, associaram a concepção do instituto com a idéia de perdão. (CARVALHO FILHO, 1979)

Ost (2005), por sua vez, também relaciona a prescrição ao perdão. Em que pese não se tratar de uma identificação perfeita, o autor admite uma inspiração do instituto jurídico no instituto religioso. Para o autor, a prescrição seria uma forma de perdão mesclada de esquecimento, que difere dos outros institutos que possuem esta mesma natureza, por ser prevista antes mesmo da ocorrência do fato. Daí que a prescrição, como os demais institutos jurídicos, não possui a mesma graciousidade do perdão (de um perdão não manchado pelo esquecimento), mas que é, consoante Ost (2005, p. 145), “simultaneamente amnésia e remissão, ato de memória e aposta no futuro”. Diz ele que:

Bem que queríamos, ao conceber o projeto dessa obra, fazer a economia do esquecimento, mostrando que o perdão que nos interessa, em primeiro lugar, seria maior e melhor que o esquecimento: uma separação consiste do passado (“com conhecimento de causa”); e não uma deambulação

sonambólica nos labirintos do sistema jurídico. Mas, veio-nos, bem rápido que o esquecimento era “incontornável”, como se diz atualmente; tão inevitável (e útil, vamos reconhecê-lo) quanto a noite é para o dia – a noite que suspende as atividades jurídicas e coloca os sujeitos de direito em vigília (OST, 2005, p. 145).

O esquecimento, portanto, é fundamental para o direito, como reconhece o autor, ao concluir que: “o esquecimento é necessário para o repouso do corpo e a respiração do espírito; ele responde à natureza contínua do tempo, cujo prosseguimento, como vimos, é entrecortado de pausas e intervalos, atravessado de ruptura e surpresas” (OST, 2005, p. 153). A impossibilidade do direito de ser eteno e perene, porquanto é humano e terreno, reclama pelo esquecimento. Esta necessidade desnuda sua profanidade, aproximando-o dos homens.

O perdão, por outro lado, é algo sublime. Assevera François Ost (2005, p. 163) que: “se o esquecimento está aquém do direito, o perdão, poderíamos dizer, está além. Há moderação, fatalismo e até cinismo no esquecimento; no perdão, ao contrário, há abundância, sublimidade e mesmo graça. Um está abaixo das virtualidades do direito, o outro está acima”. Enquanto que o esquecimento é pura amnésia, o perdão tem uma natureza dialética que consiste em ato de memória e impulso para o futuro, eis que se caracteriza no reconhecimento do pecado, que não é esquecido, mas assumido. A partir daí, o autor conclui que o perdão tem uma derivação extralegal, é, segundo ele, “uma generosa ilegalidade”.

Todavia, infere que o direito se inspira nessa “generosa ilegalidade” em seus institutos jurídicos, entre eles, a prescrição. Sobre a inscrição do perdão (que é por natureza ilegal) no direito, explica Ost (2005, p. 165) “se ele não pertence à ordem jurídica, não é proibido pensar que o perdão possa constituir-se em um horizonte regulador: uma idéia limite que inspira algumas das suas instituições, uma vez que a justiça confina com a equidade”. É claro que, segundo Ost (2005), os “perdões” oferecidos pelo direito não teriam a mesma graciosidade que o perdão divino haja vista que, como dito, estariam mesclados de esquecimento.

### **3.4 Entre a “generosa ilegalidade” do perdão e a necessária secularização da prescrição**

Extrai-se de Romanos 4; 7-8:

**7. Bem-aventurados aqueles cujas maldades são perdoadas, e cujos pecados são cobertos.**

**8. Bem-aventurado o homem a quem o Senhor não imputa o pecado.**

Talvez essa lição traduza o verdadeiro significado do perdão divino. O perdão do pecado nunca implica esquecimento da falta, mas a purificação da memória fazendo com que o mal seja coberto e com que, aos olhos de Deus, o pecado não seja mais contabilizado. Porém, o perdão sempre implica um ato de reconhecimento de culpa. Ele requer a confissão do pecado e o arrependimento do pecador. Ou seja, o ato de perdão exige, como se diz comumente, que a história seja colocada em pratos limpos, que tudo fique esclarecido. Todavia, não se apaga o erro, como se fosse um ato de amnésia, mas tira-se a culpa do pecador.

A importância do perdão está relacionada com a exigência da santidade dos fiéis. Trata-se, pois, de um imperativo: “*Sede santos, porque Eu sou Santo*” (Lv 1, 44-45; 19-2). No entanto, como o pecado é da natureza humana, desde que Adão caiu em tentação e comeu a maçã, a forma de purificação é o pedido de perdão pelos erros cometidos. Assim, o cenário de Jesus Cristo e Adão decorre lado a lado, representando, respectivamente, a libertação e o pecado. Em suma, o pedido de perdão é a via teológica para a purificação da memória e a reconciliação entre os homens.

Em 2000, ano do Jubileu, a Comissão Teológica Internacional, então presidida pelo atual papa Josef Ratzinger, discutiu o tema do perdão como meio para a reconciliação e a purificação da memória. Ao final dos debates, foi elaborado um texto pela comissão intitulado “*Memória e Reconciliação: A Igreja e as Culpas do Passado*” (disponível no site da Santa Sé: [http://benedictumxvi.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/cti\\_documents/rc\\_con\\_cfaith\\_doc\\_20000307\\_memory-reconc-itc\\_po.html](http://benedictumxvi.va/roman_curia/congregations/cfaith/cti_documents/rc_con_cfaith_doc_20000307_memory-reconc-itc_po.html). Acesso em 02 de fevereiro de 2009), sendo este uma verdadeira carta de elogios aos inúmeros pedidos de perdão realizados pelo então papa João Paulo II. No texto há uma preocupação na interpretação/análise da história e a consciência do pedido de perdão como reconhecimento do erro e “purificação da memória”. Vale destacar que o texto assevera que purificar a memória:

[...] consiste no processo destinado a libertar a consciência pessoal e colectiva de todas as formas de ressentimento ou violência que a herança de culpas do passado pode haver deixado, mediante uma renovada avaliação histórica e teológica dos acontecimentos implicados que conduza - se for esse o resultado - ao correspondente reconhecimento de culpa e contribua para um real caminho de reconciliação.

Ou seja, o perdão não é esquecimento, mas libertação de culpa e a nulificação do ressentimento, para, a partir daí, poder-se chegar a uma reconciliação. E, em que pese o referido texto em determinado momento reconhecer o perdão como um ato transcendente, quando revela: “o cristão é chamado a amar e a perdoar segundo *uma medida que transcende toda a medida humana de justiça*, e produz uma reciprocidade entre os seres humanos, que reflecte a que existe entre Jesus e o Pai (cf. Jo 13,34s; 15.1-11; 17,21-26)”; assevera que o perdão não é somente como uma via teológica para a solução dos conflitos, mas também uma via política e, porque não, jurídica. Extrai-se do texto que: “os actos realizados e pedidos pelo Papa, em relação às culpas do passado, apresentam valor exemplar e profético, quer para as religiões quer para os governos e as nações, para além da Igreja católica que poderá, desse modo, ser ajudada a viver de maneira mais eficaz o grande Jubileu da encarnação como acontecimento de graça e de reconciliação para todos”. Mais a frente, se renova o pedido de perdão para além da esfera da igreja:

Os passos dados por João Paulo II para pedir perdão pelos erros do passado foram entendidos em inúmeros ambientes, eclesiais e não, como sinais de vitalidade e autenticidade da Igreja, assim como para reforçar a sua credibilidade. É justo, aliás, que a Igreja contribua para modificar imagens de si falsas e inaceitáveis, particularmente em domínios em que, por ignorância ou má-fé, alguns sectores de opinião se comprazem em identificá-la com o obscurantismo ou a intolerância. Os pedidos de perdão formulados pelo Papa também suscitaram um estímulo positivo no âmbito eclesial e para lá dele. Chefes de Estado ou de governo, sociedades privadas e públicas, comunidades religiosas pedem actualmente perdão por episódios ou períodos históricos assinalados por injustiças. Esta prática é tudo menos retórica, tanto que alguns hesitam em dar-lhe acolhimento, calculando os custos consequentes - entre outros no plano judicial - a um reconhecimento de solidariedade com erros passados.

Derrida (2003), no entanto, critica esse fenómeno que ele denominou *mundialização do perdão*, o que está acarretando, segundo ele, uma falsa identidade entre o perdão divino com decisões políticas e julgamentos jurídicos. Esse foi um dos últimos temas de estudo do filósofo, o qual foi inclusive objeto central de suas discussões em sua vinda ao

Brasil em 2004. Em conferência proferida no Rio de Janeiro nesse ano, Derrida (2004) começa dizendo que:

Estariamos, portanto, no teatro, dentro de um teatro, nele, mas também perante uma corte, no momento em que não se resolveu a questão de saber se o tribunal, a comissão, a instância do veredicto é humana ou divina, se se trata do julgamento dos homens ou do Juízo Final.

Ou seja, para o filósofo francês, essa “falsa identidade” é, em verdade, um estratagema, porquanto o “perdão” está sendo usado como uma estratégia, seja política ou econômica, para se alcançar a paz e a normalidade. O que se percebe, aponta Derrida (2003), é um movimento de confissão e arrependimento, uma verdadeira *cerimônia da culpabilidade*, não só dos indivíduos, mas também de comunidades e de chefes de Estado em nome de toda uma nação. Ou seja, a preocupação de Jacques Derrida (2003), é que o pedido de perdão se transformou em um idioma universal do direito, da política, da diplomacia. Nessa perspectiva, o perdão mesmo sendo uma herança religiosa, atravessa o âmbito da sacralidade e entra em vias de universalização. Diz ele que, “a mundialização do perdão assemelha uma imensa cena de confissão em curso, por isso uma convulsão-conversão-confissão virtualmente cristã, um processo de cristianização que não necessita da Igreja católica<sup>37</sup>” (DERRIDA, 2003, p. 11 – tradução livre).

Ocorre que o perdão, como aponta Derrida (2003), é alheio à política, à economia, e principalmente – e isso nos interessa – ao direito, sendo assim, não deve ser confundido com institutos jurídicos tais como a anistia, o perdão jurídico, o indulto, a graça, a decadência, e enfim, a prescrição. Nisso reside o perigo de que o perdão, sendo equivocadamente confundido com outros institutos, passe a fazer parte da *lógica do julgamento*. (DERRIDA, 2004)

Ou seja, essa equivocada confusão, seja consciente ou não, consoante Derrida (2003 e 2004), cria uma situação na qual o perdão passa ser normativo, e ao mesmo tempo, instituto jurídico divino, não se sabendo se está sob a jurisdição dos homens (do Estado) ou a jurisdição de Deus. Todavia, esse perdão jurídico/perdão estratégico não é o perdão puro, pois

---

<sup>37</sup> La ‘mundialización del perdón semeja una inmensa escena de confesión en curso, por ende una convulsión-conversión-confesión virtualmente cristiana, un proceso de cristianización que ya no necesita de la Iglesia cristiana.



o fato é que o *te perdoou* ou o *peço perdão* condicional e justificado deixa, para Derrida, de ser essencialmente perdão em seu sentido estrito.

Para o autor, o perdão é uma loucura do impossível, pois é extremamente incondicional, e bem por isso, deve permanecer heterogêneo ao Direito. Não há condições para a sua concessão, daí que se deve perdoar apenas os atos imperdoáveis. Isto porque, os atos perdoáveis, seja pela inexistência de culpabilidade ou pelo fato do arrependimento ou outro motivo, passam a ser justificáveis, e, bem por isso, se destrói a necessidade do perdão. Para Jacques Derrida, “se há algo a perdoar, seria o que em linguagem religiosa se chama pecado mortal, o pior, o crime e o dano imperdoável”<sup>38</sup> (DERRIDA, 2003, p. 12 – tradução livre). O filósofo não encontra condições para a sua concessão, e assim conclui que é um ato louco.

Ou seja, a partir do momento em que o instituto jurídico e o divino se confundem, pode-se abrir espaço para a impossibilidade de um julgamento (seja humano ou religioso). Como já exposto, o autor desconstrói o conceito de perdão, e chega a conclusão de que o perdão não leva ao esquecimento, pelo contrário, um ato perdoado deverá sempre estar presente na memória. “O perdão não é esquecimento: ‘Para que haja perdão, diz ele, é preciso que o irreparável seja lembrado ou permaneça presente, que a ferida permaneça aberta.’ O perdão deve ser, portanto, incondicional, porque as condições para que seja concedido não existem” (PERRONE-MOISÉS, 2007, p. 45). A prescrição, por sua vez, exige o esquecimento. Assim, um fato jurídico que gerou uma pretensão prescrita não pode mais ser analisado por um magistrado, ou seja, está fora da jurisdição dos homens, não interessa mais ao direito.

### 3.5 A juridicidade da Prescrição e a sacralidade do Imprescritível

A prescrição, conforme Ost e Derrida, não advém de nenhum amor ágape como o perdão. Ela simplesmente se impõe, porque é um instituto jurídico e, portanto, humano. Diante disso, essa separação entre prescrição e perdão é fundamental, pois, afirma Derrida, “há sempre essa dualidade das ordens: humana e divina” (DERRIDA, 2004). São

---

<sup>38</sup> si hay algo a perdonar, sería lo que en lenguaje religioso se llama el pecado mortal, lo peor, el crimen o el daño imperdonable.

duas ordens diversas e que funcionam sob lógicas diferentes. O julgamento divino é eterno, sacro; enquanto que o julgamento dos homens é limitado, profano.

Bem por isso é que, como explica Ost (2005), o perdão está além do direito, uma vez que é caracterizado por uma dialética sublime que permite purificar o passado e permitir a construção de um novo futuro. A partir dessa assertiva, há que se reconhecer que é digno de elogios o título dado ao texto elaborado pela Comissão Teológica Internacional; “*memória e reconciliação*”. São justamente essas duas palavras que sintetizam a lógica do perdão. Por outro lado, o único termo que traduz a lógica da prescrição é o *esquecimento*. O instituto jurídico não visa nem debater e discutir o fato passado e nem construir um futuro harmônico. Pois é uma ficção que tem por finalidade colocar um ponto final na discussão, sem voltar-se para o tempo pretérito e nem se projetar para o amanhã. É, pois, inspirado no perdão, ao passo que visa desligar o passado. Não obstante, está muito aquém da sacralidade do perdão, eis que surge da necessidade do esquecimento.

Ou seja, a prescrição é uma instituição ficcional jurídico-social visando impor um íterim da efetividade jurídica e funda-se na necessidade do esquecimento do fato após determinado tempo. Essa necessidade é inerente ao instituto e ao direito, eis que se está na esfera jurídica, que é humana e profana e jamais poderia se perpetrar para um além-do-tempo, como a instância divina. Diante disso, como explicar então a imprescritibilidade?

Para Derrida (2003), ao decretar a imprescritibilidade de determinados crimes, em especial no tocante aos crimes contra a humanidade, como foi sancionado em 1964 na França, bem como na Constituição brasileira de 1988 (art. 5º, inciso XLII e XLIV), estaria havendo uma “reimanentização da lógica do perdão” e sua inscrição para a esfera jurídica, ou seja, uma sacralização do direito na noção de imprescritibilidade. Na entrevista concedida a Michel Wieviorka, Derrida (2003, p. 13 – tradução livre) disse que:

Está aberta a questão de que a singularidade do conceito de imprescritibilidade (por oposição a ‘prescrição’, que tem equivalentes a outros direitos ocidentais, por exemplo, o norteamericano) talvez sirva para introduzir mais, como o perdão ou como o imperdoável, uma espécie de eternidade e transcendência, o horizonte apocalíptico de um juízo final: um direito mais além do direito, na história mais além da história<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> Queda abierta la cuestión de que la singularidad del concepto de imprescritibilidad (por oposición a la ‘prescripción’, que tienes equivalentes en otros derechos occidentales, por ejemplo, el norteamericano) responde

Pertinente aqui, outrossim, a transcrição do pensamento do autor que foi exposto na Conferência realizada em 2004 no Brasil:

[...] a idéia de imprescritibilidade (algo bastante moderno, enquanto fenômeno jurídico e contemporâneo apenas, ao que saiba, do conceito igualmente moderno de crime contra a humanidade, que é seu correlato na França desde 1964) imita o Juízo Final.

Ele se dirige a um ‘até o final dos tempos’, portanto até um ‘para além do tempo’: um tempo até o final dos tempos.

Mas, como a ordem do prescritível ou do imprescritível não é a do perdoável ou do imperdoável - os quais não têm mais nada a ver, em princípio, com o judiciário ou o penal -, então essa hipérbole do direito sinaliza contudo para um perdão, a saber, um excesso no excesso, um suplemento de transcendência (pode-se, ao mesmo tempo em que se condena perante a corte de Justiça, perdoar o imperdoável) ou ainda para uma reapropriação humanizadora, uma reimanentização da lógica do perdão.

Essa reimanentização, essa reapropriação humanizadora organiza sempre o que está em jogo num debate religioso, o qual não pode deixar de passar pela sacralidade, pela indenidade, pela imunidade (‘Heiligkeit’) religiosa. (DERRIDA, 2004)

Ou seja, a imprescritibilidade não faz parte da lógica da prescrição, que é um instituto jurídico; mas sim se aproxima do perdão, e da sacralidade que envolve um poder de julgamento para um além-do-tempo. Conquanto, cabe esclarecer que a imprescritibilidade e o ato do perdão divino são duas figuras diferentes. O perdão, como dito, em pese não remover da memória o pecado, tira a culpa do pecador. A imprescritibilidade, por sua vez, obriga que a culpabilidade permaneça para sempre. No entanto, ambas deslocam para uma temporalidade eterna, que é estranha ao direito.

### **3.6 A lógica da prescrição e a necessidade do esquecimento**

Com efeito, para Ost (2005), o tempo é uma formação cultural, é, pois, um tempo construído, articulado, manipulado. A construção do tempo é dependente da instituição do direito, ao passo que, conclui o autor, não se pode construir o tempo senão instituindo o

---

quizás a que introduce además, como el perdón o como lo imperdonable, una especie de eternidad o de transcendencia, el horizonte apocalíptico de un juicio final: en el derecho más allá del derecho, en la historia más allá de la historia.

direito, tendo em vista o elo de dependência recíproca entre eles. Isso acontece, ainda conforme Ost, porque o direito, constituído de ficções jurídicas, se articula para poder formar um “tempo justo” que seria capaz de tornar os homens livres e as cidades harmoniosas.

Nessa conjuntura, a prescrição seria uma dessas ficções jurídicas capaz de articular o direito, construir o tempo social-jurídico, ou melhor, um tempo justo. Afirma François Ost que, “[...] a prescrição extintiva surge, assim, como um mecanismo de adaptação do direito ao fato: na falta de ter podido se realizar conforme a sua prescrição, o direito (aqui entendido como direito subjetivo) alinha-se na situação de fato contrária que se consolidou no intervalo” (2005, p. 157-158).

Ocorre que a prescrição, enquanto ficção jurídica, independe da questão fática, uma vez que se impõe mesmo que não exista uma situação de fato consolidada que necessite se inscrever na legalidade. Vale, ainda, repetir que todos os fundamentos da prescrição são razões vazias, são meras presunções criadas na imaginação dos juristas, que visam a legitimar o instituto e a tentar aproximá-lo da justiça. Não se espanta que vários doutrinadores já tentaram condicionar a prescrição aos seus fundamentos, como é o exemplo de Garofalo, que defendia que a prescrição deveria estar condicionada a efetiva comprovação da ressocialização do réu (GAROFALO *apud* CARVALHO FILHO, 1979, p. 224). Contudo, a prescrição sempre foi um instituto autônomo. Ela passa a ser um direito do acusado/apenado, ou do devedor, tão somente em virtude do tempo. Tanto é assim que, atualmente, o magistrado pode até mesmo decretá-la de ofício (art. 219, § 5º, do CPC e art. 61 do CPP).

Dessa forma, a prescrição pode ser sim a construção do tempo e a instituição do direito, mas a instituição de um tempo jurídico-social não implicaria na instituição de tempo justo. A construção de um “tempo justo” capaz de tornar os homens livres é irrealizável. Como conclui Derrida, na obra *Força de lei*, “o direito não é justiça” (2007, p. 30):

A justiça é uma experiência do impossível. Uma vontade, um desejo, uma exigência de justiça cuja estrutura não fosse uma experiência da aporia, não teria nenhuma chance de ser o que ela é, a saber, apenas um *apelo* à justiça. Cada vez que as coisas acontecem ou acontecem de modo adequado, cada vez que se aplica tranquilamente uma boa regra a um caso particular, a um exemplo corretamente subsumido, segundo um juízo determinante, o direito é respeitado, mas não podemos ter certeza que a justiça o foi. (DERRIDA, 2007, p. 30)

Buscando explicar o pensamento Derrida, esclarece Cláudia Perrone-Moisés que, segundo o autor, “enquanto a justiça é indesconstrutível, o Direito é essencialmente desconstrutível, porque é construído sobre camadas textuais interpretáveis e transformáveis, ou porque seu fundamento último, por definição, não é fundado” (PERRONE-MOISÉS, 2007, p. 47). Ou seja, o pensamento de Derrida, o qual aqui se corrobora, esclarece que direito e justiça, tendo em vista que constituídos por naturezas diversas, não andam juntos. A construção do direito (de leis) não implica realização da justiça.

Dito isso, acredita-se que há, em verdade, um elo entre tempo e direito, como crê Ost (2005), porém, há que se reconhecer que a instituição de um *tempo justo* é uma criação impossível para o homem, tendo em vista que a única criação humana é o direito, que, bem por isso, é profano. Seria, então, possível a criação de um *tempo jurídico*, que é ao mesmo tempo uma imposição e uma necessidade. Esse tempo jurídico, vale a pena repetir, não seria um tempo processual, mas um tempo de potência jurídica, tendo em vista que a prescrição extingue qualquer forma de exigência. Sendo assim, é um imperativo de silêncio e de inércia – e de esquecimento.

Fala-se que é uma *necessidade* pelas razões já aqui expostas, de que o direito, enquanto construção humana não consegue ser eterno. Há, destarte, uma necessidade de impor um íterim, para que desemboque no caos. Se, por um lado, o direito admite sua fraqueza ao estabelecer o prazo prescricional, por outro garante sua efetividade.

Mas também é uma *imposição*. Isso porque, a *necessidade do esquecimento*, que se acredita ser o único real fundamento da prescrição, é, em verdade uma variável, que somente pode ser determinada por aqueles que têm o poder para instituir o *tempo jurídico*. É esclarecedor Ost (2005, p. 25) quando diz que

quem for apto a impor aos outros componentes sociais sua construção temporal é o verdadeiro detentor do poder. O mercado, por exemplo, atualmente impõe o *tempo* e dita a medida a todos os Estados do planeta no quadro de uma economia mundializada e privatizada.

Tal conclusão pode ser comprovada a partir de simples análise das tendências do aumento e diminuição dos prazos da prescrição. Viu-se no segundo capítulo desse trabalho que os prazos no âmbito civil estão sendo drasticamente reduzidos, não só aqui no Brasil, como também em vários países, seja por meio de mudanças legislativas (Brasil, Itália, entre

outros) ou entendimento dos tribunais (Alemanha, França). Mas, por outro lado, há uma propensão de aumento dos prazos da prescrição na esfera penal, como também uma tendência a imprescritibilidade de determinados delitos (contra a humanidade, contra o Estado democrático), como foi determinado na Constituição em 1964 na França e na Constituição de 1988 no Brasil.

Oportuno, por sua vez, são os estudos do professor de sociologia do direito da USP, José Eduardo Faria, reproduzidos no livro *O direito na economia globalizada*. Nesta obra, Faria traz uma abordagem do impacto no âmbito do direito ante o fenômeno da globalização. Em breve explanação, assevera o autor que as instituições jurídicas vivem um drama de efetividade frente a um sistema de economia globalizada, no qual as decisões não são decididas no interior do Estado-nação, mas sim em nível internacional, ou melhor, transnacional. Diante disso, alerta o professor que “vive-se atualmente a etapa relativa às mudanças jurídicas e institucionais necessárias para assegurar o funcionamento efetivo de uma economia globalizada” (FARIA, 2004, p. 14).

Ou seja, a partir do momento em que as decisões, sejam políticas ou jurídicas, passam a ser tomadas em uma esfera supranacional, havendo, conseqüentemente, um enfraquecimento do direito de um Estado. Existe, como é consabido, um processo de ‘desregulamentação dos mercados’, que envolve também uma desregulamentação jurídica em vários setores sociais. Nesse contexto, há uma alteração de um *monismo jurídico* para um *pluralismo normativo*, como aduz Eduardo Faria (2004, p. 15), mas se percebe também redução da efetividade jurídica, do alcance das decisões jurídicas, propiciando, assim, que muitas decisões sejam tomadas em esferas extralegais, sejam eles nacionais ou supranacionais.

É diante dessa conjuntura que se pode analisar a redução dos prazos na esfera civil. Fala-se muito em adequação do prazo da prescricional ao ritmo da vida atual, que não pode esperar por prazos longínquos como outrora. Porém, se percebe uma drástica redução, com prazos extremamente curtos, e um número muito expressivo de pretensões sendo prescritas. Vê-se, portanto, que não é exatamente o ritmo da vida moderna que impõe os prazos prescricionais, mas uma imposição do mercado.

Sob a mesma ótica poder-se-ia analisar a questão da prescrição penal. Explica Faria (2004) que, se por um lado, o Estado-nação sofre uma exclusão em razão da

transnacionalização das decisões políticas e jurídicas; por outro lado, ele se inscreve na lógica mercantilista com a função de reduzir os riscos inerentes à *sociedade de risco* que configura a sociedade hodierna. Explana Faria que (2004, p. 257-258):

Ao contrário da sociedade industrial de natureza fordista, [...] na sociedade em análise eles [os conflitos] são travados a partir dos esforços de neutralização e das estratégias de dispersão dos riscos nas mais variadas áreas da vida sócio-econômica contemporânea: [...] passando pelo caráter excludente da globalização, em matéria de expansão do desemprego estrutural e da marginalidade, miserabilidade e violência subseqüentes, minando as formas de sociabilidade e multiplicando a insegurança exógena nos centros urbanos.

São esses esforços e essas tentativas que têm recolocado outra vez, porém em novos termos, o Estado-nação na agenda político-jurídica. Após ter tido sua autoridade, sua titularidade de iniciativa legislativa e seu poder de intervenção tão questionados e desafiados nos anos 80, quando passou a apresentar déficit de “governabilidade”, a enfrentar o processo de “hiperjuridicação” e a viver seu “trilema regulatório”, ele agora ressurgiu invocado como fonte de *ordem, disciplina, prevenção e segurança*, numa perspectiva; e de *justiça social*, em outra. [...] O objetivo é tornar os mecanismos penais mais abrangentes, severos e eficazes no combate à criminalidade violenta [...].

Ou seja, nessa perspectiva, o aumento das penas, que no Brasil, *v.g.*, é identificado na proliferação de leis especiais que cominam em penas mais severas para determinados crimes, e conseqüentemente, um aumento no prazo prescricional, é explicado, consoante Faria, por essa nova função do Estado-nação, consistente na redução dos riscos oriundos dos impactos de uma globalização crescente.

Ost (2005) talvez pudesse explicar essa imposição do tempo da prescrição pelo mercado como um fenômeno de destemporalização, caracterizado pela *discronia*<sup>40</sup>. Desse modo, para Ost, a imposição do tempo do mercado que difere de uma justa medida temporal seria um desregramento da medida, o qual deveria ser combatido. Fala em sua obra que, “ligar tempos sociais ameaçados de implosão, resistir à tendência natural, à fragmentação dos ritmos coletivos, tal é certamente a responsabilidade política do momento” (OST, 2005, p. 36).

Todavia, se por um lado o filósofo belga está certo ao afirmar que a imposição do mercado deve ser contida, devendo o direito se reger por prazos condizentes com o tempo social, por outro lado, como já se disse, a instituição de uma *justa medida temporal*, como

<sup>40</sup> Para Ost (2005) existem quatro patologias temporais: *eternidade, entropia, determinismo* e “*discronia*”. Que são “quatro patologias temporais, quatro desregramento da medida, quatro quedas para alguém, de um tempo instituído e significativo, quatro regressões ao estado de natureza – este tempo pré-social no qual prevalecem o medo e a violência, sem um mínimo de confiança e cooperação” (2005, p. 38)

quer Ost, é uma missão impossível para o direito. Assim, como se percebe, o direito necessita da prescrição, por outro lado, é incapaz de ditar “justos prazos” para o instituto. O que somente o direito pode se comprometer é com sua eficácia, que é garantida com a prescrição.

Diante de todo exposto, percebe-se que a lógica da prescrição funda-se no desafio do direito de ser eficiente, e para isso, desnuda sua fragilidade terrena propondo, assim, um prazo para sua existência. Essa *necessidade de esquecimento* seria, pois, o único fundamento do instituto.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No final do ano passado foi divulgado no site do jornal *O Globo* uma crônica de Luis Fernando Veríssimo, cujo teor, em parte, segue abaixo:

### **2009: evite-o.**

Se 2009 vai ser um ano tão ruim, por que não evitá-lo? Se uma nação pode adotar ou não adotar o horário de verão, por exemplo, adiantando ou atrasando seus relógios de acordo com sua conveniência, por que não pode adiantar ou atrasar o calendário? Por que essa subserviência cega a uma simples convenção internacional? Onde fica a nossa soberania? Se nos recusássemos a passar para 2009 e repetíssemos 2008 as vantagens seriam muitas. Poderíamos corrigir ou evitar os erros que cometemos. Desfazer o malfeito, refazer o que deu errado e só entrar em 2009 quando estivéssemos realmente prontos, talvez daqui a uns dois anos. [...].

Cabe, primeiramente, ressaltar que, não obstante a crônica citada não seja propriamente uma fonte científica, talvez sirva para traduzir da melhor forma, mesmo que alegoricamente, o que se inferiu nessa pesquisa acerca da lógica da prescrição. Pois, assim como as alterações do horário de verão e do calendário implicam evidentes modificações na vida social, a prescrição, enquanto instituto jurídico que serve para construir o tempo social-jurídico tem o poder de realizar manifestas mudanças na sociedade. E foi nessa perspectiva, como um instituto capaz de realizar significativas transformações no seio social, é que a prescrição foi analisada ao longo de todo trabalho. Com efeito, o objetivo sempre foi tirar o envoltório de ingenuidade com que se encara o instituto.

O primeiro ponto de análise do trabalho foi o objeto da prescrição. O que se concluiu, a partir das pesquisas de Windscheid, foi que há séculos os juristas estavam equivocados sobre o objeto, e conseqüentemente, o conceito da prescrição. O jurista alemão, por sua vez, buscou o verdadeiro sentido do termo *actio*, e chegou à ilação que não se tratava de ação, como todos os juristas acreditam, como, por exemplo, Savigny, mas tinha o mesmo sentido do que o direito moderno entende por pretensão. Assim, o objeto da prescrição seria a pretensão, e não a ação.

Porém, há que se concordar com seu opositor, Theodor Muther, que o trabalho de Windscheid é extremamente confuso e contraditório, e foi somente com o avanço da teoria

da ação moderna é que se pode realmente definir o alcance da pretensão e da “ação” de direito processual. E, ao final, a certeza de que, sendo a pretensão um instituto de direito material, por consequência, a prescrição também o era. Essa consideração (o que não se cansa de repetir) coloca o instituto na esfera do direito material, e assim, não restam dúvidas que ele não visa racionalizar o processo (ou procedimentos), mas regular a vida social. Ou seja, após séculos se resgatou a real natureza do instituto.

Tal entendimento foi adotado pelo ordenamento jurídico alemão e, depois de mais de um século, pela legislação civilista brasileira. O que se percebeu em análise das doutrinas desde início do século XX até as mais atualizadas foi que: (i) primeiramente, os doutrinadores brasileiros demoraram a se aperceber de toda a mudança conceitual dos trabalhos dos juristas europeus. Câmara Leal, cuja célebre obra sobre a prescrição não se quer aqui desprestigiar, publicou a obra *Da prescrição e da decadência* em 1939, lecionando que a doutrina alemã acreditava que o objeto da prescrição era a ação; contudo, a doutrina alemã já há muito tempo havia alterado o posicionamento. Da mesma forma Clóvis Beviláqua, legislador do Código de 1916, cegou-se ante as novas doutrinas, impondo ao Código entendimento que já estava superado; (ii) por outro lado, percebeu-se que as doutrinas atuais apontam a pretensão como objeto da prescrição, até porque o legislador do Código Civil vigente deixou expresso, no art. 189, qual era o objeto do instituto.

Todavia, os hodiernos manuais, com a menor técnica possível, fazem uma verdadeira balbúrdia com todas as teorias da prescrição já existentes, ao ponto de estudantes inexperientes (como a autora que aqui escreve) terem justificável dificuldade de entender o posicionamento da doutrina brasileira. O fato é que, longe de tentar compreender as mudanças conceituais que a nova teoria da ação trouxe para o instituto da prescrição, os doutrinadores (a maior parte atualizadores), somente adaptaram parte do texto da obra para a nova redação do Código Civil vigente, deixando na lição, assertivas contraditórias e desatualizadas.

No segundo capítulo do trabalho, por sua vez, procurou-se pesquisar razões para a prescrição, bem como os motivos das alterações dos prazos prescricionais. A análise em conjunto desses dois pontos (o fundamento para o instituto e os fundamentos para alterar os prazos), levaram a conclusão de os fundamentos apresentados são, em verdade, inaplicáveis. Todos são meras criações para tentar legitimar a prescrição, mas que se contradizem e desvendam que todos os motivos criados nada mais são que “oportunistas”,

pois procuram justificar a necessidade do instituto, ou sua desnecessidade (como no caso da imprescritibilidade), ou a alteração dos prazos, conforme a conveniência.

Cabe aqui ressaltar que, tanto é verdade que muitos doutrinadores não possuem a mínima preocupação com o valor do seu discurso que, em que pese significativas alterações nos prazos prescricionais, limitam-se a atualizar os termos nos manuais, sem alterar o teor. Diante disso, concluiu-se que a prescrição não se legitima em nenhum dos argumentos expostos pelos doutrinadores, mas sim sobrevive no que Montaigne chamou de “autoridade mística da lei”. Explica-se: a prescrição se legitima e é aplicada tão somente porque é lei, e enquanto norma vigente é respeitada. Sendo assim, não passa de uma ficção jurídica.

Por fim, a partir das preliminares conclusões que se tirou dos capítulos anteriores buscou-se na derradeira parte do trabalho analisar o instituto com base nos estudos de Jacques Derrida e François Ost buscando encontrar qual a serventia da prescrição para o direito. Jacques Derrida, em verdade, nunca analisou diretamente o instituto jurídico, mas a partir de críticas que o autor francês fez nos seus últimos trabalhos que tinham por objeto o perdão, bem como sobre seus trabalhos sobre direito e justiça, pode-se deles subtrair alguma idéia de como que o filósofo entendia ser o papel da prescrição. François Ost, no entanto, tratou diretamente o instituto, como sendo uma ficção que se propõe a instituir o direito e construir o tempo.

Urge esclarecer que o estudo aqui proposto somente foi possível a partir de dialogo crítico entre as obras dos dois filósofos. François Ost pôde esclarecer o papel da prescrição enquanto ficção capaz de instituir/criar um tempo jurídico-social. Porém, afirma que a partir da dialética entre as categorias do tempo, poder-se-ia chegar a um “tempo justo”. Contudo, como afirma Derrida, justiça e direito nem sempre (ou jamais) andam justos (e até mesmo nunca se pode afirmar que uma decisão/norma jurídica é justa). Dito isso, pode-se concluir que a prescrição tem sim o poder de criar um tempo neguentrópico, mas isso não significa que pode criar uma justa medida temporal.

Daí que o fundamento da prescrição encontra-se naquilo que ambos os autores estão de acordo: o esquecimento. Para Jacques Derrida a prescrição pode implicar no esquecimento (aqui compreendido como ato de amnésia) porque é um instituto jurídico e, portanto, humano. Ao contrário, o perdão que nunca compreende esquecimento, mas sim lembrança, memória, fazendo com que o pecado, mesmo que perdoado, permaneça vivo,

como um fogo em chamas que nunca se apaga. E, possibilitar que o ato perdoado seja esquecido e um ato humano seja sempre lembrado pelo direito faz com que não se saiba se está sob a esfera humana ou divina. François Ost, por sua vez, entende que a prescrição se inspira no perdão divino, sendo este um modo de desligar o passado e possibilitar a construção do futuro. Porém, a prescrição está manchada pelo esquecimento, ao contrário do perdão que está agraciado pela memória e reconciliação. Assim, em que pese a prescrição não possuir a graciosidade do perdão (que está além do direito) nele se inspira para poder construir um *tempo jurídico*.

O *esquecimento* seria, pois, uma necessidade para o direito, pois ao contrário da esfera divina, o direito é profano e é incapaz de ser eterno e perene. Assim, inscreve-se no ordenamento jurídico o instituto da prescrição para que o direito, ao contrário de Deus, não tenha que se preocupar eternamente com os fatos pretéritos. Isso, portanto, garante sua efetividade e sua autonomia!

## REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. 207 p.
- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. 142 p.
- ALVES, Vilson Rodrigues. *Da prescrição e da decadência no novo Código Civil*. 3. ed. São Paulo: Servanda, 2006. 943 p.
- BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969. 408 p.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966. 299 p.
- BEVILÁQUA, Clovis. *Theoria geral do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929. 444 p.
- BRASIL, *Código de Direito Civil*. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916.
- BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941.
- BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988.
- BRASIL, *Código de Direito Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.
- BRASIL. SENADO FEDERAL. *Novo Código Civil: exposição de motivos e texto sancionado*. Senado Federal: Subsecretaria de Edições Técnicas, 2002. 342 p.
- CARVALHO FILHO, Aloysio de; ROMERO, Jorge Alberto. *Comentários ao Código penal: decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940: volume IV, arts. 102 a 120*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. 701 p.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo ... [et al]. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 368 p.

CHIOVENDA, Guiseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. 519 p.

CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de direito romano*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. 486 p.

DELMANTO, Celso ... [et al]. *Código penal comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. 1286 p.

DERRIDA, Jacques. *Limited Inc*. Trad. Constança Marcondes Cesar. Campinas: Papirus, 1991. 212 p.

DERRIDA, Jacques. *El siglo y el perdón*. (entrevista com Michel Wieviorka). Trad. Mirta Segoviano. 1ª ed. Buenos Aires: Ediciones de la Flor, 2003.

DERRIDA, Jacques. *Lógica do perdão*. Trad. Evanro Nascimento. Folha de São Paulo. Mais! de 17/10/2004. Disponível em <http://www6.ufrgs.br/idea/index.php?name=Sections&req=viewarticle&artid=13&page=1>. Acesso em 02 de fevereiro de 2009.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. 145 p.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 1. ed. 4ª tiragem. São José: Malheiros, 2004. 359 p.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. Atualizada por Fernando Fragoso. 16. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2004. 585 p.

FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1988. 1042 p.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. 364 p.

FIUZA, Ricardo (coord). *Novo código civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 1904 p.

GUIMARAES, Carlos da Rocha. *Prescrição e decadência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 281 p.

JESUS, Damásio e. de. *Prescrição penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 176 p.

KAFKA, Franz. *O processo*. Trad. Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. 271 p.

LEAL, Antônio Luis Câmara. *Da prescrição e da decadência*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. 438 p.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 319 p.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: Parte geral: Tomo VI*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. 519 p.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: volume 6 - parte geral, exceções. direitos mutilados, exercício dos direitos, pretensões, ações e exceções, prescrição*. São Paulo: Bookseller, 2000. 616 p.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. 381 p.

MORA, José Ferrater. *Dicionário de filosofia*. Tomo II (E-J). Trad. Maria Stela Gonçalves ...[et al]. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2005. 1625 p.

OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Elcio Fernandes, revisão técnica Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauru: Edusc, 2005. 409 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. 1. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 718 p.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Entre o perigo e a chance*. Revista Cult. nº 117, ano 10, 2007, p. 44-46

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Vol 1. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 354 p.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Vol. 1. 1. ed. Campinas: Editora Bookseller, 1999.

SAVIGNY, M F C de. *Sistema del derecho romano actual*. Vol. IV. 2. ed. Madrid: Centro Ed. de Gongora

SARAMAGO, José. *As intermitências da morte*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. 207 p.

SANTA SÉ. *Memória e reconciliação: A igreja e as culpas do passado*. [http://benedictumxvi.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/cti\\_documents/rc\\_con\\_cfaith\\_doc\\_20000307\\_memory-reconc-itc\\_po.html](http://benedictumxvi.va/roman_curia/congregations/cfaith/cti_documents/rc_con_cfaith_doc_20000307_memory-reconc-itc_po.html). Acesso em 02 de fevereiro de 2009.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de processo civil*. Vol. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 532 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: volume 1 - parte geral*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. 604 p.

VERÍSSIMO, Luis Fernando. 2009: *Evite-o*. Disponível em: [http://oglobo.globo.com/pais/noblat/post.asp?t=2009-evite-o&cod\\_Post=149917&a=111](http://oglobo.globo.com/pais/noblat/post.asp?t=2009-evite-o&cod_Post=149917&a=111). Acesso em 02 de fevereiro de 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo código civil: vol. III. Tomo II*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 632 p.

TORNAGHI, Helio. *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 847 p.

WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ed. Jurid. Europa-America, 1977.

WINDSCHEID, Bernhard. *Polemica sobre la actio*. Buenos Aires: Ed. Jur. Eur.-America, 1974. 389 p.